

**DIREKTEKRAV ETTER NS 8405 PUNKT 37
OG SPØRSMÅLET OM DET FINNES EN ULOVFESTET
DIREKTEKRAVSREGEL I ENTREPRISERETTEN**

Kandidatnummer: 345

Veileder: Lasse Simonsen

Leveringsfrist: 25. april, 2006

Til sammen 17999 ord

17.06.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Behovet for regler om direktekrav	2
1.3	Rettskilder og Metode	3
1.4	Den videre fremstilling	5
<u>2</u>	<u>KONSTRUKSJONEN</u>	<u>6</u>
2.1	Kompetansegrunnlaget	6
2.1.1	Overdragelse	6
2.1.2	Tredjemannsløfte	9
2.1.3	Bakgrunnsretten	12
2.2	Subrogasjon og Springende regress	13
2.2.1	Generelt	13
2.2.2	NS 8405 punkt 37	14
2.3	Ansvarsfraskrivelser	17
2.3.1	Ansvarsfraskrivelser mellom entreprenøren og hans kontraktsmedhjelper	18
2.3.2	Ansvarsfraskrivelser mellom byggherren og entreprenøren	19
<u>3</u>	<u>HVEM KAN KRAVET RETTES MOT?</u>	<u>20</u>
<u>4</u>	<u>HVILKE MISLIGHOLDSKRAV</u>	<u>25</u>
4.1	Innledning	25
4.2	Hva slags type mislighold	25

4.3	Hva slags type krav	28
4.3.1	Innledning	28
4.3.2	Er alle kravstypene i punkt 36 omfattet av direktekravsadgangen?	28
4.3.3	Er henvisningen til punkt 36 uttømmende?	29
<u>5</u>	<u>BEGRENSNINGER I DIREKTEKRAVSADGANGEN</u>	<u>33</u>
5.1	Innledning	33
5.2	Kravet kan ikke gjennomføres mot entreprenøren	35
5.3	Kravet er i høy grad blitt vanskeliggjort på grunn av konkurs eller annen klar insolvens	35
<u>6</u>	<u>REKLAMASJON OG FORELDELSE</u>	<u>37</u>
6.1	Byggherrens reklamasjonsplikt	37
6.1.1	Byggherrens reklamasjonsplikt overfor kontraktsmedhjelperen	37
6.1.2	Byggherrens reklamasjonsplikt overfor entreprenøren	39
6.1.3	NS 8405 punkt 37 fjerde ledd sett i forhold til reklamasjonsreglene i punkt 36.6, 36.7 og 36.8	39
6.2	Foreldelse	42
<u>7</u>	<u>MOTREGNING</u>	<u>46</u>
7.1	Innledning	46
7.2	Kravet må bestå mellom de samme parter	47
7.2.1	Hovedkrav og motkrav besto opprinnelig mellom entreprenøren og kontraktsmedhjelperen	48
7.2.2	Motkravet besto opprinnelig mellom byggherren og kontraktsmedhjelperen	49
7.3	Kravet må gjelde samme type ytelse	50
7.4	Frigjøringstiden for hovedkravet må være kommet	51
7.5	Motkravet må være forfalt	51

<u>8</u>	<u>ENTREPRENØRENS RÅDERETT OVER KRAVET</u>	<u>51</u>
<u>9</u>	<u>SIKRING AV KRAVET MOT ENTREPRENØRENS KREDITORER</u>	<u>53</u>
9.1	Innledning	53
9.2	Formålet med varslingsplikten	54
9.3	Virkeområde	55
9.4	Innhold	55
9.5	Konsekvenser av manglende varsel	56
<u>10</u>	<u>VIRKNINGER AV AT DET RETTES DIREKTEKRAV</u>	<u>57</u>
<u>11</u>	<u>FINNES DET EN GENERELL DIREKTEKRAVSREGEL I ENTREPRISERETTEN?</u>	<u>58</u>
11.1	Problemstillingen	58
11.2	Finnes det en generell regel om direktekrav i entrepriseretten?	58
11.2.1	Innledning	58
11.2.2	Lov	58
11.2.3	Rettspraksis	59
11.2.4	Standarder	63
11.2.5	Andre lands praksis	65
11.2.6	Teori	65
11.2.7	Reelle hensyn	66
11.2.8	Sammenfatning	67
11.3	Hva er i så tilfelle innholdet av en slik regel?	68
11.3.1	Innledning	68
11.3.2	Hva slags mislighold	68
11.3.3	Hva slags misligholdsbeføyelser	69
11.3.4	Hvilke hjemmelsmenn	69
11.3.5	Subrogasjon eller springende regress	70

11.3.6	Reklamasjonsregler	70
11.3.7	Andre vilkår for å kunne rette direktekrav?	70
<u>LITTERATUR OG KILDEHENVISNINGER</u>		72
Kontrakter		72
Lover		72
Forarbeider		72
Rettspraksis		73
Litteratur		73
Artikler		74

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er direktekrav etter NS 8405 punkt 37, samt spørsmålet om det finnes en ulovfestet regel om direktekrav i entrepriseretten.

NS 8405 er en standardkontrakt utarbeidet til bruk i kontraktsforhold hvor en part påtar seg utførelsen av et bygg- eller anleggsarbeid for en annen part. Det dreier seg typisk om bygging av kontorbygg, lagerlokaler, leilighetskomplekser osv., samt vedlikehold, reparasjon og ombygging av slike. Bestilleren kalles ”byggherre”, mens den som er ansvarlig for utførelsen av arbeidet kalles ”entreprenør” eller ”hovedentreprenør”.¹

Dersom entreprenørens kontraktsmedhjelper forårsaker at det blir mislighold i entreprenørens kontraktsforhold med byggherren, vil entreprenøren identifiseres med sin kontraktsmedhjelper, jf. NS 8405 punkt 15. Det som imidlertid skal tas opp i denne avhandlingen er om byggherren i stedet kan gå direkte på kontraktsmedhjelperen.

Slike direktekrav er, som vi ser nedenfor, i mange tilfeller svært praktisk. I NS 8405 er dette regulert direkte i punkt 37. Hoveddelen i avhandlingen vil omhandle hvordan denne bestemmelsen skal forstås.

Et naturlig spørsmål å ta opp i den forbindelse er hvorvidt en slik direktekravsregel følger av bakgrunnsretten. Finnes det en slik regel på ulovfestet grunnlag, vil NS 8405 punkt 37 komme i et nytt lys. Dette vil jeg komme nærmere inn på under punkt 2.1.3 nedenfor.

¹ NS 8405 punkt 1

Regelen i NS 8405 er endret i forhold til den tidligere bestemmelsen i NS 3430, og er på enkelte punkter uklar. Det er derfor interessant å se nærmere både på denne regelen, og på bakgrunnsretten på området.

1.2 Behovet for regler om direktekrav

Det romerrettslige utgangspunkt var at en kontrakt bare er bindende mellom partene i avtalen. Partene kan fritt regulere deres egne forhold ved avtale, men de kan som hovedregel ikke regulere tredjemanns stilling. Mangler ved salgsgjenstanden vil imidlertid ofte skrive seg fra ledd i omsetningskjeden før entreprenøren, for eksempel underentreprenør eller materialleverandør. Det kan være praktisk for kreditor å gjøre krav gjeldende direkte mot disse foranstående omsetningsledd, i stedet for å gå veien om sin egen kontraktspart.²

Direktekravsadgang for byggherren er av særlig betydning der kravet av en eller annen grunn ikke kan gjennomføres mot entreprenøren. Dette gjelder typisk der entreprenøren har økonomiske vanskeligheter, særlig insolvens og konkurs. Har man en vrang og vanskelig debitor, eller er entreprenøren forsvunnet, kan det være lettere å "hoppe over" det leddet. Mer personlige forhold kan også være relevante. Byggebransjen er et forholdsvis lite miljø. Det er derfor veldig viktig for byggherren å opprettholde et godt forhold til sine entreprenører, både med hensyn til det eksisterende kontraktsforholdet og kontraktsforhold i fremtiden. Det kan derfor være mer bekvemt for byggherren å gå direkte på entreprenørens kontraktsmedhjelpere.

Regelen om direktekrav har den samfunnsøkonomiske effekt at kostnadene ved en mangelfull oppfyllelse plasseres hos den som har risikoen for de feil og mangler som er avdekket. Dette tilsier at det bør være en slik adgang, uten at byggherren er nødt til å gå på entreprenøren som deretter vil kreve regress av kontraktsmedhjelperen.

² Ot.prp. nr.80 1986-87, s.44

Det kan videre hevdes at den som har ansvaret for at mangelen har oppstått, gjennomgående vil ha bedre forutsetninger for å håndtere misligholdskrav enn senere ledd. Entreprenøren kan være ute av stand til fremskaffe dokumentasjon og bevis i saken, typisk der det gjelder andres ansvarsbetingende feil.³ Er byggherrens medkontrahent utenlandsk, og er det ubekvemst vernet, kan det være enklere å gå direkte mot bakre ledd.

Direktekravsadgangen kan også være tidsbesparende, særlig når kravet gjelder utbedring, og det er underentreprenøren som i alle fall skal stå for dette.⁴

Bustadoppføringsloven inneholder regler om direktekrav innen entrepriserett. Loven er imidlertid begrenset til å gjelde forbrukerentreprise. Det foreligger ikke lovregulering som omfatter kontraktsforholdet mellom byggherre, entreprenør og hans kontraktsmedhjelpere i rent profesjonelle forhold. Etter gjeldende rett er det, som vi skal se på nærmere nedenfor, tvilsomt om det finnes en generell regel som gir byggherren adgang til å rette krav direkte mot det bakre leddet. NS 8405 punkt 37 kan bidra til avklaring av spørsmålet, samtidig som innhold og omfang av direktekrav etter standarden reguleres nærmere.⁵

1.3 Rettskilder og Metode

Oppgaven tar utgangspunkt i den alminnelige juridiske metode, slik den er nedfelt i rettskildelæren. Fremstillingen vil i hovedsakelig ta sikte på å en fortolkning av NS 8405 punkt 37. I det følgende vil jeg derfor kort kommentere rettskildebildet på området, samt metodebruken ved tolkning av standardkontrakten.

NS 8405 er en standardkontrakt som er resultatet av grundige forhandlinger mellom profesjonelle parter med betydelig innsikt i saksområdet. Dette resulterer i at standarden i større grad enn ved annen kontraktstolkning, må sees på som et hele. Løsninger som på

³ Krüger 1999, s.485

⁴ Marthinussen 2004, s.555

⁵ Kolrud 2004, s.467

enkelte områder kan synes urimelig, kan være kommet frem som ledd i forhandlinger mellom partene.

Partsviljen kan være en sentral faktor ved tolkning og utfylling av kontrakter. Benytter partene seg av en standardkontrakt, vil denne være innlemmet i deres avtale ved bruk av referanseklausul. Det er derfor mindre praktisk å se hen til partsviljen ved tolkning av standardkontrakter.

Har partene valgt å endre deler av standarden, kan partsviljen være av større interesse. I slike tilfeller foreligger det en diskusjon omkring kontrakten, som kan være egnet til å belyse partsviljen.

Ved lovgivning vil det som er sagt eller forutsatt i forarbeider om formålet og meningen med de foreslåtte bestemmelser, være betydelig verdifullt ved tolkning av den aktuelle bestemmelse. Ved standardkontrakter er det ikke slik. Det foreligger ingen forarbeider. Det er derfor vanskeligere å finne den abstrakte partsvilje ved slike kontrakter. Eventuelle notat og møtereferat vil ha svært liten verdi. Disse vil kun gi en pekepinn på hva enkelte parter ha ment, ikke det helhetlige bildet.

Tradisjonelt har avgjørelser på dette området blitt avgjort ved voldgift. De senere år ser man derimot en økning av antall entreprisesaker ved de ordinære domstolene, hvilket bevitnes gjennom søk i blant annet Lovdata. Det finnes imidlertid svært få dommer som tar opp byggherren adgang til å rette krav direkte mot tredjemann. De dommer som finnes, og som er relevante for temaet blir dermed meget sentrale.

Ettersom det er noe spinkelt rettskildemateriale på området, vil rettskilder på tilgrensende områder, ha en viss relevans. Flere uttalelser i forarbeider og teori på beslektede rettsområder kan være svært generelle. De betraktninger som fremkommer kan derfor ha relevans, også på entrepriserettens område. Man må imidlertid være noe forbeholden ved

bruk av slikt materiale. Det kan være ulike hensyn som gjør seg gjeldende på de forskjellige rettsområdene. Befinner man seg eksempelvis på et område der kreditor er forbruker, kan forbrukerhensyn ha blitt tatt i betraktning ved utforming av reglene. Slike hensyn vil ikke ha relevans dersom partene i kontraktsforholdet er profesjonelle.

Juridisk teori er generelt ikke en rettskilde med stor egenvekt, og dens rettskildemessige vekt varierer med anseelse og utbredelse.⁶ Da vi på dette rettsområde har lite rettspraksis og ingen forarbeider til standarden, vil juridisk teori imidlertid være av stor hjelp og verdi med hensyn til å belyse relevante problemstillinger innen emnet.

1.4 Den videre fremstilling

I det følgende skal jeg først ta for meg direktekrav etter NS 8405 punkt 37, som omhandler byggherrens rett til direktekrav mot entreprenørens kontraktsmedhjelpere. Hele bestemmelsen vil bli analysert. Grunnet oppgavens identitet, kan jeg dessverre ikke gå like grundig inn på hver problemstilling. Jeg vil derfor legge hovedvekten på de punkter som er særlig tvilsomme og som kan skape problemer i praksis.

For at regelen om direktekrav etter denne bestemmelsen skal komme til anvendelse i kontraktsforholdet, må den være vedtatt mellom partene. Det forutsettes derfor i det følgende at NS 8405 punkt 37 er gjort til en del av avtalen mellom byggherre og entreprenør, eksempelvis ved bruk av en referanseklause.

Til slutt skal jeg ta for meg om det finnes en ulovfestet regel om direktekrav på entrepriserettens område, og eventuelt hva innholdet av en slik regel vil være.

⁶ Eckhoff 2001, s.270

2 Konstruksjonen

2.1 Kompetansegrunnlaget

Utgangspunktet er at en avtale kun binder de parter som har inngått avtalen.

Problemstillingen i det følgende blir dermed hvordan byggherren og entreprenøren ved å gjøre NS 8405 punkt 37 til en del av sin avtale, også binder tredjemann, i vårt tilfelle entreprenørens kontraktsmedhjelpere.

De senere årene har Stortinget vedtatt en rekke lover til fordel for forbrukere med klare paralleller til entrepriserettens område. Både kjøpsloven, håndverktjenesteloven, produktansvarsloven, avhendingsloven og bustadoppføringsloven har regler om direktekrav.⁷ Ved lovregulering oppnås at lovbestemmelsene blir bindende også i forhold til andre enn avtalepartene. Når det gjelder direktekrav mellom profesjonelle parter i entrepriseavtaler, har Stortinget imidlertid valgt å ikke lovregulere dette.

Verken i punkt 37 eller andre steder i kontrakten blir det uttrykkelig tatt stilling til hvilket kompetansegrunnlag byggherren kan bygge på dersom han vil rette sitt mangelskrav direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelper. Løsningen beror dermed på en tolkning av NS 8405 punkt 37. Det er tre mulige kompetansegrunnlag som kan være aktuelle, og disse vil bli behandlet i det følgende.

2.1.1 Overdragelse

NS 8405 inneholder ingen uttrykkelig regel om at entreprenøren kan overdra sine kontraktsforpliktelser, slik man eksempelvis finner i den danske standardkontrakten AB 92 § 5. Etter gjeldende rett er det imidlertid som hovedregel adgang til å overdra krav med virkning overfor tredjemann. Dette ble bekreftet i Rt.1981 s.445. Byggmester Davanger oppførte en enebolig på egen tomt og overdro eiendommen i 1971 til Helge Pedersen. I 1973 ble eiendommen videresolgt til Jofred Holme. Det utviklet seg store sprekkdannelser i

⁷ Marthinussen 2004, s.555

en forstøtningsmur som måtte gjenoppbygges. Holme gjorde krav gjeldende mot Davanger, og fikk medhold. Høyesteretts flertall fant etter en tolkning av avtalen mellom Pedersen og Holme at de misligholdsbeføyelser som Pedersen kunne gjort gjeldende mot Davanger, måtte anses overført til Holme. En dommer kom til samme resultat basert på ulovfestet rett. Dersom entreprenøren uttrykkelig overdrar sine eventuelle misligholdsbeføyelser mot hans kontraktsmedhjelper til byggherren, vil dette dermed være tilstrekkelig hjemmel for et direktekrav.

Problemstillingen i det følgende er om entreprenøren, etter en tolkning av NS 8405 punkt 37, kan sies å ha overført et eventuelt mangelskrav mot kontraktsmedhjelperen til byggherren.

NS 8405 punkt 37 første punkt gir byggherren:

”rett til å benytte sine mangelskrav direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelpere i samme grad som mangelen kunne vært gjort gjeldende av entreprenøren”.

Bestemmelsen sier ikke uttrykkelig at entreprenøren overdrar sitt krav til byggherren. Standardens punkt 37 oppstiller tilsynelatende kun rammene for en slik direktekravsadgang.

Regelen er noe ulik bestemmelsen i NS 3430 punkt 38. Det het tidligere at ”byggherren har rett til å benytte *de mangelskrav entreprenøren har mot sine underentreprenører eller tidligere salgsledd*, direkte overfor disse”. Da det var entreprenørens mangelskrav som byggherren trådte inn i, ble det i juridisk teori tolket dit hen at det forelå en overføring av entreprenørens krav til byggherren.⁸ I Rt.1998 s.656 ble dette synspunktet bekreftet. Byggherren (Ullerudåsen Borettslag) reiste i denne saken et krav om erstatning direkte mot den underentreprenør (Veidekke) som hadde ansvaret for utføringen av det byggearbeidet

⁸ Kolrud 1992, s.357

som manglene refererte seg til. Kontrakten ble inngått allerede i 1983. NS 3430 var derfor ikke en del av avtalen mellom partene. NS 3401, som da gjaldt mellom partene, inneholdt ingen bestemmelser om direktekrav. I tilknytning til Høyesteretts drøftelse om hvorvidt det finnes en generell regel om direktekrav, kom førstvoterende inn på bestemmelsen i NS 3430 punkt 38. Høyesterett uttalte at bestemmelsen var å ”forstå slik at det er entreprenørens krav som overdras til byggherren.”⁹

I den nye standarden er det byggherrens eget mangelskrav som han kan rette videre mot entreprenørens kontraktsmedhjelpere. Det er dermed ikke like klart at det foreligger en slik overdragelse i NS 8405 som i NS 3430.

Standarden gir imidlertid byggherren en ”rett til” å gå direkte på tredjemann med sine mangelskrav. Byggherren trer inn i entreprenørens mangelskrav ved at han kun kan gjøre mangelen gjeldende ” i samme grad som mangelen kunne vært gjort gjeldende av entreprenøren.” Bestemmelsen kan derfor forstås som en avtale om overdragelse av entreprenørens krav til byggherren.

Det eksisterer ingen rettspraksis som tar opp hvilket kompetansegrunnlag byggherrens direktekravsadgang etter NS 8405 er bygget på. Standardkontrakten er forholdsvis ny, og vi befinner oss på et område der det generelt finnes svært få dommer.

Marthinussen tar ikke opp denne problemstillingen i sin kommentar til NS 8405. I kommentaren til Kolrud blir dette spørsmålet heller ikke behandlet som et eget punkt. I stedet har han med en liten setning i innledningen om at ”rettslig sett innebærer standarden antakeligvis fortsatt at det i realiteten finner sted en overdragelse av entreprenørens krav til byggherren”.¹⁰ Kompetansegrunnlaget kommenteres imidlertid ikke nærmere. Det synes

⁹ Rt 1998 s.656, s.661

¹⁰ Kolrud 2004, s.467

derfor som om det forutsettes at kompetansegrunnlaget til byggherren er overdragelse av entreprenørens krav.

NS 8405 punkt 37 kan imidlertid ikke forstås slik at det foreligger en generell overdragelse av entreprenørens mangelskrav. Bestemmelsen hjemler kun overdragelse i de tilfeller der entreprenøren selv har et mangelskrav, og under forutsetning av at kravet ikke ”kan gjennomføres mot entreprenøren, eller i høy grad er blitt vanskeliggjort på grunn av konkurs eller annen klar insolvens”. Dette kan tyde på at det kun foreligger en begrenset overdragelse.

NS 8405 punkt 37 hjemler trolig en begrenset overdragelse av entreprenørens krav. På denne måten blir kontraktsmedhjelperen, som tredjemann, bundet av avtalen mellom entreprenøren og byggherren.

2.1.2 Tredjemannsløfte

Med tredjemannsløfte forstår jeg et løfte til fordel for tredjemann som ikke er adressat for løftet. Det vil for eksempel være et tredjemannsløfte dersom kontraktsmedhjelperen forplikter seg overfor entreprenøren til at byggherren kan gå direkte på ham med et mangelskrav.

Direktekrav bygget på tredjemannsavtale forutsetter tilstrekkelige faktiske holdepunkter for å konstantere et løfte overfor kreditor. Dersom det foreligger en uttrykkelig garanti eller annen særskilt avtale om at byggherren kan gå direkte på kontraktsmedhjelperen, er det klart at det foreligger en tredjemannsavtale, jf. eksempelvis RG 1981 s.1017 Frostating. I denne saken ble en garanti som en underentreprenør hadde avgitt overfor hovedentreprenøren, ansett å gi også byggherren rettigheter.¹¹

¹¹ Hagstrøm 2003, s.801

Spørsmålet er om NS 8405 punkt 37 alene kan gi grunnlag for at det er gitt et slikt tredjemannsløfte.

NS 8405 gjelder i utgangspunkt kun mellom partene. Det forhold at NS 8405 punkt 37 første ledd gir byggherren "rett til å benytte sine mangelskrav direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelpere", kan ikke i seg selv gi noen holdepunkter for å konstantere at det foreligger et tredjemannsløfte fra kontraktsmedhjelperen.

NS 8405 punkt 37 femte ledd har imidlertid en regel om at "entreprenøren skal varsle sine kontraktsmedhjelpere om byggherrens krav etter dette punkt." Spørsmålet blir om et slikt varsel, uten noen protester fra kontraktsmedhjelperen, kan tolkes dit hen at kontraktsmedhjelperen har godtatt direktekrav etter NS 8405 punkt 37, og dermed gitt et tredjemannsløfte.

Svaret vil blant annet avhenge av hvordan man skal tolke begrepet "krav". Dersom entreprenøren skal varsle sin kontraktsmedhjelper når byggherren har et mangelskrav som han vil rette direkte mot kontraktsmedhjelperen, kan det aldri bli tale om noe tredjemannsløfte. Skal bestemmelsen derimot forstås slik at entreprenøren skal varsle sin kontraktsmedhjelper om den generelle adgangen byggherren har til å rette krav mot kontraktsmedhjelperen etter punkt 37, kan dette muligens tolkes som et tredjemannsløfte dersom kontraktsmedhjelperen godtar denne retten. Ser man begrepet "krav" isolert, kan det tyde på at det er aktuelle krav fra byggherren, entreprenøren skal varsle kontraktsmedhjelperen om. Det er imidlertid "krav *etter dette punkt*" som skal notiseres tredjemann. Gode grunner taler for at bestemmelsen skal forstås slik at entreprenøren skal varsle sine kontraktsmedhjelpere om byggherrens rett til å gjøre direktekrav gjeldende. En slik tolkning samsvarer med rettsvernsreglene, noe jeg kommer tilbake til under punkt 9 nedenfor. Kolrud har også valgt en slik tolkning.¹²

¹² Kolrud 2004, s.472

I den danske standardkontrakten AB 92, som inneholder betingelser for arbeider og leveranser i bygge og anleggsvirksomheten, finner vi regler som åpner for en direktekravsadgang bygget på tredjemannsløfte. Det er tatt inn en generell regel om direktekrav i standardens § 5 femte ledd:

”Hvis det må anses for godtgjort, at et krav vedrørende mangler ikke eller kun med stor vanskelighed kan gennemføres mod entreprenøren, er byggherren berettiget til at gøre kravet gældende direkte mod entreprenørens underentreprenører og leverandører, jf. § 10, stk. 4.”

Ordlyden er på mange måter tilsvarende NS 8405 punkt 37 første ledd. For at byggherren skal kunne anvende direktekravsregelen i AB 92, må underentreprenøren eller materialleverandøren ha gitt ham rett til å gå frem etter bestemmelsen. I overensstemmelse med dette er entreprenøren etter § 10 fjerde ledd forpliktet overfor byggherren til å sørge for at leverandøren anerkjenner at mangelskrav etter AB 92 § 5 femte ledd skal kunne gjøres gjeldende direkte mot ham. Leverandøren kan akseptere disse vilkår ved en særskilt erklæring, som dermed fortolkes som et tredjemannsløfte. Vedtakelse av AB 92 mellom leverandør og entreprenør er formodentlig tilstrekkelig til at leverandøren anses for å ha påtatt seg forpliktelsene etter § 10 fjerde ledd.¹³

En tilsvarende forpliktelse er ikke pålagt hovedentreprenøren etter NS 8405. Punkt 37 femte ledd er kun formulert som en varslingsregel. Bakgrunnen for regelen er, som jeg kommer tilbake til nedenfor, rettsvern overfor entreprenørens kreditorer. Det må forligge tilstrekkelig klare holdepunktet for å konstantere at kontraktsmedhjelperen har gitt et tredjemannsløfte. Dersom tredjemann har avgitt en særskilt erklæring vil dette være å anse som et tredjemannsløfte. Det kan ikke være nok at kontraktsmedhjelperen rent faktisk kan regne med at en annen enn hans kontraktspart vil kunne innrette seg etter kontrakten.¹⁴ Et

¹³ Ulfbeck 2000, s.308

¹⁴ Hagstrøm 2003, s.801

varsel etter femte ledd, sammenholdt med taushet fra kontraktsmedhjelperen sin side, vil være et noe spinkelt grunnlag for å anta at det er avgitt et tredjemannsløfte overfor byggherren.

2.1.3 Bakgrunnsretten

En regel om direktekrav kan videre ha grunnlag i bakgrunnsretten. Under punkt 11 skal jeg komme inn på om det finnes en ulovfestet regel om direktekrav, og i tilfelle hva innholdet av en slik regel er. En ulovfestet regel vil være tilstrekkelig hjemmel for byggherren til at han kan gå direkte på tredjemann.

Spørsmålet blir da hvordan regelen i NS 8405 punkt 37 skal innpasses en ulovfestet regel.

Dersom NS 8405 inneholder en videre direktekravsadgang for byggherren, har man som utgangspunkt mulighet til å avtale dette. Det må dermed forutsettes at det enten er skjedd en overføring av entreprenørens krav, eller at kontraktsmedhjelperen har gitt et tredjemannsløfte. Uten slikt kompetansegrunnlag kan ikke byggherren og entreprenøren utvide byggherrens direktekravsadgang på bekostning av entreprenørens kontraktsmedhjelpere.

Dersom NS 8405 punkt 37 gir byggherren en snevrere rett til å gå direkte på entreprenørens kontraktsmedhjelper enn det som følger av bakgrunnsretten, innebærer vedtakelse av standarden en begrensning av byggherrens rett. Dette kan synes underlig da det ofte både er i byggherrens og entreprenørens interesse at det er en vid direktekravsadgang. Det er tredjemann som i tilfelle vil dra nytte av en begrenset adgang. Dersom bestemmelsen allikevel er slik å forstå, kan dette ha bakgrunn i at representanter for underentreprenør- og leverandørsiden også var til stede ved utarbeidelsen av standarden. Det kan også skyldes partenes, og særlig entreprenørenes, skepsis til å trekke tredjemann inn i kontraktsforholdet.

Spørsmålet blir videre om byggherren kan vise til bakgrunnsretten der denne gir byggherren en videre rett enn det som følger av hans kontraktsforpliktelser med entreprenøren. Avtalefriheten gjelder fullt ut mellom byggherren og entreprenøren. Dersom punkt 37 blir gjort til en del av partenes avtale, synes det rimelig å tolke dette som en avtalt begrensning av byggherrens rett. Bakgrunnsretten vil dermed kun komme supplerende inn der kontrakten er taus eller tvetydig.

2.2 Subrogasjon og Springende regress

Ovenfor har jeg gjort rede for kompetansegrunnlaget for byggherrens adgang til å rette sitt krav direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelpere. I det følgende skal jeg først ta for meg de ulike konstruksjonene som direktekrav i kontrakt kan baseres på. Deretter går jeg nærmere inn i NS 8405 punkt 37 for å se hvilken konstruksjon som er valgt i denne kontrakten.

2.2.1 Generelt

Det er vanlig å skille mellom to hovedformer for direktekrav, subrogasjon og springende regress.

Direktekrav bygget på subrogasjon innebærer at byggherren trer inn i entreprenørens misligholdskrav mot kontraktsmedhjelperen. Byggherren blir stilt som om han hadde fått entreprenørens misligholdskrav transportert til seg ved en uttrykkelig overdragelse, jf. prinsippet om at kravet følger varen.¹⁵ Subrogasjonsmodellen innebærer at byggherren kan gjøre gjeldende krav til tross for at det ikke foreligger mislighold overfor ham. Det er derfor en betydelig prinsipiell forskjell på direktekrav basert på subrogasjon og springende regress, se neste avsnitt. Normalt vil likevel et mislighold fra kontraktsmedhjelperen overfor entreprenøren forplante seg slik at det også inntreffer mislighold mellom entreprenør og byggherre. I forhold til springende regress innebærer subrogasjonsmodellen en rettsteknisk forenkling ved at det bare er nødvendig å foreta én mangelvurdering. Både NS

¹⁵ Hagstrøm, TfR, 2001, s.288 flg.

3430 punkt 38, avhendingsloven § 4-16 og kjøpsloven § 84(1) baserer regelen om direktekrav på subrogasjonsprinsippet.

Ved springende regress gjør byggherren *sitt* misligholdskrav mot entreprenøren gjeldende mot kontraktsmedhjelperen. Kontraktsmedhjelperen hefter bare så langt ansvaret hans rekker overfor entreprenøren. Det økonomiske resultatet blir derfor det samme som om byggherren hadde holdt seg til entreprenøren, som deretter søker regress hos kontraktsmedhjelperen.¹⁶ Misligholdskravet som kan gjøres gjeldende mot tredjemann må derfor være innenfor rammene av både byggherrens krav mot entreprenøren, og entreprenørens krav mot kontraktsmedhjelperen. Bustadoppføringslova § 37, håndverktjenestelova § 27 og forbrukerkjøpsloven § 35(1) baserer sine regler om direktekrav på prinsippet om springende regress.

2.2.2 NS 8405 punkt 37

I det følgende skal jeg først se på hvilket grunnlag direktekravsadgangen i NS 8405 er bygget på. Deretter skal jeg gå nærmere inne på innholdet i denne direktekravsadgangen.

Standardens punkt 37 sier uttrykkelig at byggherren må ha et krav mot entreprenøren for å kunne gjøre det tilsvarende kravet gjeldende overfor kontraktsmedhjelperen, jf. anvendelsen av ordet ”sine” mangelskrav. Dette er nytt i forhold til den tidligere NS 3430 punkt 38. Byggherren trådte i det tilfellet inn i entreprenøren sine krav mot tidligere salgssledd. Standarden oppstilte ikke noe vilkår om at byggherren måtte ha et krav mot entreprenøren.

En slik endring baseres på rimelighetsbetraktninger. Byggherren kan ikke sies å være i noen beskyttelsesverdig posisjon dersom han selv har fått mangelfri ytelse. Fra et retts teknisk synspunkt kan det derimot synes problematisk at det på den ene siden

¹⁶ NOU 2004:4, kapittel 19

foreligger en overdragelse av entreprenørens krav, mens kravet samtidig begrenses på denne måten.

Videre er det klart at entreprenøren må ha et mangelskrav mot kontraktsmedhjelperen. Det må foreligge et kompetansegrunnlag for byggherren å tre inn, se punkt 2.1 ovenfor.

Tilsvarende krav finnes i alle andre bestemmelser om direktekrav.¹⁷

Det er et vilkår at mangelkravet ”*kan*” gjøres gjeldende av entreprenøren. Det er ikke et vilkår at kravet faktisk er gjort gjeldende av entreprenøren. Byggherren er ikke avhengig av at entreprenøren fremmer noe mangelskrav.¹⁸ Han er imidlertid avhengig av at entreprenøren varsler kontraktsmedhjelperen om kravet. Dette vil bli behandlet nærmere under punkt 6.1.1.

Som vi ser ovenfor, må det altså foretas to mangelsvurderinger, både i forholdet mellom byggherre og entreprenør og i forholdet mellom entreprenør og kontraktsmedhjelper. NS 8405 punkt 37 bygger dermed direktekravsadgangen på en regel om springende regress.

Kontraktsmedhjelperen sine forpliktelser overfor entreprenøren vil som regel være utslag av entreprenørens kontraktsforpliktelser med byggherren. Dette har sammenheng med at entreprenøren ofte velger å overlate oppfyllelsen av sin kontrakt med byggherren helt eller delvis til underentreprenør eller leverandør. Selv i tilfeller der byggherren har stilt særlige krav til ytelsen, vil mangelsvurderingen derfor som regel være sammenfallende i de to kontraktsforhold.¹⁹ I enkelte tilfeller er denne vurderingen imidlertid ikke helt lik. Man må derfor foreta en mangelsvurdering i begge ledd.

¹⁷ Buofl. § 37, kjl. § 84, hvtjl. § 27, avhl. § 4-16, NS 3430 punkt 38

¹⁸ Marthinussen 2004, s.558

¹⁹ Ulfbeck 2000, s.298

Den første mangelsvurderingen, i forholdet mellom byggherren og entreprenøren, byr på få problemer. Har byggherren et rettmessig mangelskrav mot entreprenøren, danner dette kravet grunnlaget for hans krav mot kontraktsmedhjelperen.

Det er mangelsvurderingen i forholdet mellom entreprenøren og kontraktsmedhjelperen som er problematisk. Byggherrens mangelskrav er som nevnt begrenset ved at mangelen bare kan gjøres gjeldende ”i samme grad som mangelen kunne vært gjort gjeldende av entreprenøren”.

Dette innebærer for det første at kontraktsmedhjelperen i hvert fall måtte finne seg i et krav etter sin avtale. Byggherren og entreprenøren vil ofte avtale at kontraktsgjenstanden skal tilfredsstille enkelte helt spesielle krav. Dersom entreprenøren ikke stiller de samme kravene i sin avtale med kontraktsmedhjelperen, vil fravær av disse egenskapene ikke være å anse som en mangel i kontraktsforholdet mellom entreprenøren og kontraktsmedhjelperen. Kontraktsmedhjelperen trenger dermed ikke å finne seg i noe som helst mangelskrav. I så tilfelle blir byggherren henvist til å gå på sin egen kontraktspart. Et annet tilfelle har vi dersom reklamasjonsreglene i NS 8405 er overtrådt, eller der kravet er foreldet. I slike tilfeller trenger ikke kontraktsmedhjelperen finne seg i et krav, og byggherren er avskåret fra å gå direkte på entreprenørens kontraktsmedhjelper. Disse tilfellene vil jeg komme tilbake til under punkt 6 nedenfor.

For det andre er det et vilkår at det bakre leddet måtte finne seg i et krav av samme slag, for eksempel prisavslag, heving, osv. Dette vilkåret vil som oftest ikke skape noen problemer siden kravstypene som følge av mangelfull levering ofte vil være den samme i begge kontraktsforhold. Dersom det allikevel skulle være ulike typer krav som kan påberopes, for eksempel på grunn av ansvarsbegrensninger i forholdet mellom entreprenøren og kontraktsmedhjelperen, kan dette begrense byggherrens rett. Jeg vil komme nærmere inn på dette i punktet om ansvarsbegrensninger.

Og for det tredje gjelder det, i alle fall som utgangspunkt, at kravet fra byggherren må avgrenses til det omfanget kravet ellers ville hatt. Som tidligere nevnt kan det foreligge forskjellige kravspesifikasjoner i de ulike kontraktsforhold. Kravet vil i et slikt tilfelle begrenses til den kontraktsforpliktelse som gjelder mellom entreprenøren og kontraktsmedhjelperen. Dersom entreprenøren eksempelvis skal levere et sentralvarmeanlegg med luftkondisjonering, og kontraktsmedhjelperen skal levere et sentralvarmeanlegg uten mulighet for luftkondisjonering, vil byggherren bare kunne fremsette mangelskrav for et sentralvarmeanlegg uten mulighet for luftkondisjonering. Beløpsmessig er kravet dermed begrenset til verdien av det sentralvarmeanlegget med færrest egenskaper.

Dersom byggherren krever at kontraktsmedhjelperen utbedrer mangelen, vil et slikt krav kunne fremmes fullt ut dersom det foreligger en tilsvarende mangel i tidligere ledd. Dette gjelder også dersom byggherren fremmer et krav om erstatning for utbedringskostnader etter punkt 36.3. Hvis kravet derimot knytter seg til annet enn utbedring, vil verdien av kravet bestemmes av verdien i det tidligere salgsledd.²⁰

2.3 Ansvarsfraskrivelser

I det følgende skal jeg se nærmere på byggherrens adgang til å rette direktekrav dersom det foreligger ansvarsfraskrivelser i et eller flere ledd. Med ansvarsfraskrivelse mener jeg en klausul i en avtale om at en part fraskriver seg hele eller deler av ansvaret som ellers ville følge av mangler ved ytelsen. Det forutsettes at en eventuell ansvarsfraskrivelse mellom partene er gyldig.

Det skal som nevnt foretas to mangelsvurderinger etter NS 8405 punkt 37. Dette innebærer at byggherren kan måtte respektere ansvarsfraskrivelser som er gjort i forholdet mellom ham selv og entreprenøren, og i forholdet mellom entreprenøren og kontraktsmedhjelperen.

²⁰ Marthinussen 2004, s.557

2.3.1 Ansvarsfraskrivelser mellom entreprenøren og hans kontraktsmedhjelper

Byggherren trer inn i entreprenørens krav mot kontraktsmedhjelperen. Entreprenøren kan ikke overføre større rett enn han selv har. Det er dermed klart at byggherren må finne seg i alle ansvarsfraskrivelser som er gjort i avtaleforholdet mellom entreprenøren og hans kontraktsmedhjelper.

En ansvarsfraskrivelse kan knytte seg både til kravets art og kravets omfang. Med kravets art mener jeg type krav. Har entreprenørens kontraktsmedhjelper i sitt forhold til entreprenøren begrenset sitt ansvar til å gjelde utbedringsansvar, og ikke noe form for erstatningsansvar, må byggherren som utgangspunkt finne seg i dette. Når det gjelder ansvarsfraskrivelser med hensyn til kravets omfang må byggherren finne seg i at hans krav er beløpsmessig begrenset til en viss sum.

Avtalen kan videre inneholde klausuler som snevrer inn hva som skal regnes som mangel, og fristene for reklamasjon. Slike "cut-off"-klausuler i tidligere avtalforhold kan også gjøres gjeldende overfor byggherren. Tilsvarende vil ansvarsbegrensningene i NS 8402 kunne snevre inn prosjekterendes ansvar, og derav byggherrens rettigheter etter punkt 37.²¹

I de lovregulerte direktekravsreglene nyter forbrukeren et særlig sterkt vern. Det kan ikke avtales dårligere betingelser mellom forbrukeren og entreprenøren enn de som følger av lovbestemmelsene. Forbrukeren er ytterligere beskyttet ved at ansvarsfraskrivelser og begrensninger i direktekravsadgangen ikke kan gjøres gjeldende mot forbrukeren i større utstrekning enn det som kunne vært avtalt mellom forbrukeren og tjenesteyteren.²² Reglene er dermed utvidet preseptoriske. Reglene i NS 8405 punkt 37 bygger som nevnt på overdragelse. Byggherren har derfor ikke et slikt vern etter standarden.

²¹ Marthinussen 2004, s.558

²² Hvtjl. § 27(2), buofl. § 37(2)

Dersom kontraktsmedhjelperen er en selger eller leverandør, vil kontraktsforholdet ofte falle inn under kjøpslovens bestemmelser. I forhold til entreprenøren er det derimot ikke tale om forbrukerkjøp. I utgangspunktet er det derfor adgang til å fravike reglene i kjøpsloven. Dette har blant annet den betydning at entreprenørens kontraktsmedhjelper kan foreta ansvarsfraskrivelser.²³

Det kan også tenkes at entreprenøren og kontraktsmedhjelperen har en klausul i sin avtale som går ut på at det kun gjelder en ansvarsbegrensning dersom byggherren går direkte på kontraktsmedhjelperen. Byggherren må som utgangspunkt respekter alle ansvarsbegrensninger som er gjort i avtaleforholdet mellom entreprenøren og hans kontraktsmedhjelper, se ovenfor. En slik avtale kan derimot være i strid med avtalen mellom byggherren og entreprenøren. Ifølge NS 8405 punkt 37 skal byggherren gis anledning til å benytte sitt krav mot kontraktsmedhjelperen ”i *samme grad* som mangelen kunne vært gjort gjeldende av entreprenøren.” I en avtale som nevnt overfor, vil byggherren ha en dårligere rett enn entreprenøren til å gjøre gjeldende sitt krav. Det er derfor et åpent spørsmål om en slik avtale vil være i strid med NS 8405 punkt 37.

2.3.2 Ansvarsfraskrivelser mellom byggherren og entreprenøren

Det er klart at så lenge det foreligger en gyldig ansvarsfraskrivelse i avtaleforholdet mellom byggherren og entreprenøren, må denne også gjelde når det kommer til direktekravsadgangen etter punkt 37, med mindre partene har avtalt noe annet. Utgangspunktet er jo, som vi så ovenfor, at byggherren benytter sitt eget mangelskrav direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelper.

Etter NS 3430 var regelen slik utformet at dersom det var forbehold og ansvarsfraskrivelser i forholdet mellom ham og entreprenøren, men ikke i forholdet mellom entreprenøren og leverandør, kunne byggherren i utgangspunktet gjøre gjeldende sitt fulle krav mot leverandøren. En regel om springende regress er på dette punktet mer rimelig enn en regel

²³ Kolrud 1992, s.356

om subrogasjon. Det er ingen god grunn til at byggherren skal kunne omgå sine egne avtalte ansvarsbegrensninger ved å gå direkte på entreprenørens kontraktsmedhjelper.

Slike ansvarsfraskrivelser er til sammenlikning ikke tillatt etter reglene i bustadoppføringslova. Etter lovens § 3 kan ikke entreprenøren lovlig avtale dårligere vilkår med en forbruker enn det som er tillatt etter loven. Normalt vil derfor ansvarsfraskrivelser være ugyldige mellom forbruker og entreprenør.

3 Hvem kan kravet rettes mot?

Direktekravet kan etter punkt 37 første ledd rettes mot ”entreprenørens kontraktsmedhjelpere”. I det følgende skal jeg gå nærmere inn på hvem som er å regne som kontraktsmedhjelpere. Da bestemmelsen er en noe annen enn i NS 3430, vil jeg fortløpende kommentere eventuelle likheter og endringer. Der regelen i bustadoppføringslova § 37 er egnet som sammenlikningsgrunnlag, vil også denne bli trukket inn.

Hvem som anses som kontraktsmedhjelper, følger av definisjonen i NS 8405 punkt 2.7:

”leverandør, entreprenør, prosjekterende, rådgiver eller annen person som har påtatt seg å oppfylle deler av en parts kontraktsforpliktelse”

Mens definisjonen innledningsvis må antas å være en eksemplifisering av hvem som omfattes av begrepet, er hoveddefinisjonen: ”en person som har påtatt seg å oppfylle deler av en parts kontraktsforpliktelse”. Hva som ligger i dette, må løses etter en naturlig språklig forståelse av bestemmelsen.

Entreprenøren har rett til å la deler av sine kontraktsforpliktelser bli utført av underentreprenører, jf. punkt 15.1 første ledd. Disse vil dermed typisk være å anse som

entreprenørens kontraktsmedhjelpere etter punkt 2.7 og 37. Det er bakgrunnen for at ”entreprenører” er nevnt uttrykkelig i bestemmelsen. Definisjonen omfatter imidlertid en større gruppe enn den som er definert som underentreprenører i punkt 2.10.

Alle som ”påtar seg å oppfylle deler av en parts kontraktsforpliktelse”, omfattes av definisjonen i punkt 2.7. Bestemmelsen begrenser seg dermed ikke til de som foretar fysiske arbeider på selve kontraktsgjenstanden. Personer som utelukkende foretar leveranse, omfattes også, jf. eksemplifiseringen.

Problemstillingen videre er om alle typer leverandører omfattes av definisjonen. Når det gjelder ansvarsgrunnlag, har det vært en debatt vedrørende om ”generelle” leverandører skal omfattes av kontrollansvarsreglen i kjøpsloven.²⁴ Arbeidsgruppens forslag omfattet:

”tredjemann som selgeren har gitt i oppdrag helt eller delvis å oppfylle kjøpet, herunder annen leverandør som har bestilt varer til oppfyllelsen av kjøpet”.

Bestemmelsen er senere endret til å omfatte:

”en leverandør som selgeren har brukt, eller på noen annen i tidligere salgsledd.”

Ettersom standardens punkt 2.7 og arbeidsgruppens forslag anvender liknende uttrykk, kan det være interessant å se om en sontring mellom generelle og spesielle leverandører er hensiktsmessig etter NS 8405.

En spesiell leverandør er en leverandør som leverer varer eller utstyr til oppfyllelse av entreprenørens kontraktsforpliktelser i et bestemt entreprisoppdrag. Det kreves ikke at leverandøren har forpliktet seg direkte overfor byggherren, og neppe heller at han skal levere direkte til denne. Alminnelige leverandører av varer og utstyr til entreprenørens

²⁴ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s.38

lager, vil derimot være generelle leverandører. Det samme gjelder leverandører av råvarer, halvfabrikata eller delkomponenter som entreprenøren generelt bruker til å inkorporere i sine kontraktsgjenstander.²⁵

Definisjonen i punkt 2.7 nevner uttrykkelig ”leverandør” som eksempel på hvem som er å regne som kontraktsmedhjelpere. Begrepet ”leverandør” kan sies å omfatte både ”generelle” og ”spesielle” leverandører. Den egentlige definisjonen av kontraktsmedhjelper er imidlertid ”en person som har påtatt seg å oppfylle deler av en parts kontraktsforpliktelse”.

Spesielle leverandører som påtar seg å levere ferdige komponenter til inkorporering i en bestemt kontraktsgjenstand omfattes av begrepet ”kontraktsmedhjelper”. Også leverandører som leverer råvarer, halvfabrikata eller delkomponenter spesifikt til entreprenørens oppfyllelse av sin kontraktsforpliktelse med byggherren ”pår seg å oppfylle deler av en parts kontraktsforpliktelse” etter punkt 2.7. Det er noe mer tvilsomt om generelle leverandører som jevnlig leverer varer og utstyr til entreprenørens lager, omfattes av definisjonen. Slike leverandører bidrar til at entreprenøren får oppfylt sine ulike forpliktelser. Dersom varene ikke kan identifiseres med et bestemt oppdrag, kan det derimot vanskelig hevdes at de oppfyller deler av entreprenørens kontraktsforpliktelse med den bestemte byggherren. Etter en fagjuridisk forståelse av bestemmelsen er byggherren dermed avskåret fra å rette krav direkte mot denne gruppen av leverandører.

Direktekravsretten etter NS 3430 punkt 38 omfattet ”tidligere salgsledd”. Dette måtte forstås som enhver selger eller leverandør av materialer og utstyr som leveres entreprenøren, og videre inkorporeres i kontraktsarbeidet mellom byggherre og entreprenør.²⁶ Generelle leverandører var dermed omfattet av den tidligere bestemmelsen.

²⁵ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s.38 flg.

²⁶ Kolrud 1992, s.356

Dersom generelle leverandører ikke lenger omfattes av direktekravsretten, innebærer dette en betydelig innskrenkning av byggherrens adgang til å rette krav mot tidligere ledd.

I tilfeller der mangelen føres tilbake til feil ved en komponent som entreprenøren har som lagervare, vil byggherren være tvunget til å gå på entreprenøren.

Det vil som regel være i både byggherrens og entreprenørens interesse at byggherren kan gå direkte på entreprenørens kontraktsmedhjelpere. Bakgrunnen for å begrense byggherrens rett, må derfor være av hensyn til kontraktsmedhjelperen. Jeg finner det ikke hensiktsmessig at en generell leverandør skal være i noen mer beskyttelsesverdig posisjon enn de spesielle. I begge tilfeller vil leverandøren ha levert en mangelfull vare som fører til at byggherrens kontraktsgjenstand blir mangelfull. Byggherren vil dermed kunne rette et mangelskrav mot entreprenøren, og han vil videre søke regress hos leverandøren. Det tilfellet at en leverandør leverer en lagervare, og ikke en komponent til en bestemt entrepriseavtale, vil ikke være et tungtveiende hensyn mot å tillate at byggherren går direkte på leverandøren. Dette taler derfor for en utvidende tolkning av definisjonens ”en person som har påtatt seg å oppfylle deler av en parts kontraktsforpliktelse”, og en ordrett forståelse av eksemplifiseringen i punkt 2.7. En slik tolkning vil også være best i samsvar med tilsvarende regler om direktekrav.

Punkt 2.7 kan forstås slik at den omfatter alle som har vært med på å bistå begge parter i kontrakten med kontraktsarbeidet. Dette gjelder imidlertid ikke fullt ut. Partenes ansatte kan ikke regnes for å være kontraktsmedhjelpere i NS 8405 sin forstand. De kan ikke sies å ha påtatt seg en del av ansvaret for en parts kontraktsforpliktelser, slik definisjonen krever. Ansatte er klart å anse som hjelpere, men er ingen selvstendige oppdragstakere som kan få ansvar etter reglene om direktekrav.²⁷

Hvem som er kontraktsmedhjelpere på entreprenør-siden, vil avhenge av hva slags entreprisekontrakt det er snakk om. Ved en NS 8405-entreprise ligger

²⁷ Marthinussen 2004, s.60

prosjekteringsansvaret hos byggherren. Siden risikoen fordeles etter funksjonsfordelingen i kontraktsforholdet, vil byggherren normalt selv ha risikoen for eksempelvis arkitektens tegningsprodukter. I den grad entreprenøren likevel har påtatt seg risikoen for prosjektering, eller har fått risikoen tiltransportert til seg, vil byggherren etter direktekravsbestemmelsen også kunne gå direkte på den prosjekterende.²⁸

I slike tilfeller vil regelen i NS 8405 punkt 37 innebære en utvidelse i forholdt til den tidligere regelen i NS 3430 punkt 38. Direktekrav kunne, som tidligere nevnt, fremmes mot ”underentreprenører eller tidligere salgsledd”. En arkitekt eller annen prosjekterende ville ikke komme inn under bestemmelsen i NS 3430, men er klart å anse som ”en person som har påtatt seg å oppfylle deler av en parts forpliktelse” etter NS 8405 punkt 2.7, jf. eksemplifiseringen.

Dersom byggherren vil rette et krav mot tredjemann, er det et vilkår at tredjemann er i et kontraktsforhold med entreprenøren. Byggherren har ikke adgang til å fremsette mangelkrav mot et salgsledd som var inne i omsetningskjeden før kontraktsmedhjelpen.²⁹ På dette området foreligger det dermed en innskrenkning av direktekravsadgangen i forhold til det som gjaldt etter NS 3430, som omfattet ”tidligere salgsledd”.

Adgangen til å rette direktekrav er dermed også snevrere i forhold til bestemmelsen i bustadoppføringslova § 37. Det bakre leddet etter denne bestemmelsen er generelt ”tidligere avtalepart”, men er avgrenset til ”avtaleparter som har gjort avtalen som ledd i næringsvirksomhet”. Dersom den tidligere avtaleparten ikke er næringsdrivende, må forbrukeren ”hoppe over” dette leddet. En tidligere avtalepart kan i tillegg til å være en underentreprenør eller leverandør, også være en butikk som har solgt materialer i en byggevareforretning, eller hans grossister, produsenter og importører. Forbrukeren kan dermed eksempelvis gjøre krav gjeldende mot den som har levert mangelfulle materialer til

²⁸ Marthinussen 2004, s.558

²⁹ Marthinussen 2004, s.557

en underentreprenør, selv om underentreprenøren har opplyst om manglene til entreprenøren, og entreprenøren derfor ikke kan gjøre kravet gjeldende. Det er altså slik at forbrukeren må ha et mangelskrav mot entreprenøren, og noen må ha et krav på grunn av samme mangelen mot det bakre leddet, men rekken trenger ikke vær ubrutt.³⁰

4 Hvilke misligholdskrav

4.1 Innledning

I det følgende skal jeg ta stilling til hva slags type misligholdskrav byggherren kan benytte direkte mot det bakre leddet. Det forutsettes, som tidligere anført, at byggherrens kompetansegrunnlag er overdragelse. Entreprenøren kan i utgangspunktet overdra alle sine misligholdskrav til byggherren. Dersom entreprenøren kun overdrar enkelte av sine mangelsbeføyelser, blir problemstillingen hva som er begrunnelsen for en slik begrenset overdragelse.

4.2 Hva slags type mislighold

Det er byggherrens ”mangelskrav” som kan benyttes direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelpere. Hva som er å anse som en mangel i forholdet mellom byggherren og entreprenøren, må besvares ut ifra en tolkning av punkt 36.1. i kontrakten.

Når det gjelder forsinkelse, tillater kompetansegrunnlaget at byggherren kan rette slike krav direkte mot kontraktsmedhjelperen. NS 8405 punkt 37 begrenser imidlertid byggherrens rett til krav som følge av mangel. Dersom byggherren vil gjøre krav som følge av forsinkelse gjeldende direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelper, vil det måtte ha grunnlag i en særskilt avtale om overføring av forsinkelseskraft.

³⁰ Lilleholt 2001, s.167

Ettersom regelen skiller mellom mangels- og forsinkelsestilfellene, blir sontringen mellom når det foreligger forsinkelse og når det foreligger mangel, særlig viktig. Dette avgjøres i praksis etter tolkning av om byggherren i det enkelte tilfellet har rett til å nekte overtakelse av kontraktsgjenstanden eller ikke, jf punkt 32.5. Har byggherren en slik rett, og benytter seg av denne, blir det snakk om forsinkelse, og et direktekrav kommer ikke på tale. Har ikke byggherren en rett til å nekte overtakelse, kommer mangelsreglene inn, og reglene om direktekravsregelen i punkt 37 kommer til anvendelse dersom det skulle være aktuelt.

Lovregulering av direktekrav bygger på en tilsvarende distinksjon.³¹ Det kan være flere hensyn som ligger bak denne avgrensningen av byggherrens krav.

Forarbeidene til avhendingslova uttaler at sammenhengen mellom mislighold i et tidligere salgssledd og mislighold på selgerens side, ikke uten videre er like klart når det gjelder forsinkelse som når det gjelder mangler.³²

Det er ikke alltid en sammenheng mellom forsinkelse fra kontraktsmedhjelperen sin side, og forsinkelse fra entreprenørens side overfor byggherren. Dette har sammenheng med at byggeprosjektet foregår over veldig lang tid. En forsinkelse fra en leverandør eller underentreprenør innebærer ikke nødvendigvis at entreprenøren blir tilsvarende forsinket. Entreprenøren kan ha bestilt varene i god tid før han selv trenger dem, og kommer dermed ikke i forsinkelse overfor byggherren på dette grunnlag.

Entreprenøren vil ofte legge inn en sikkerhetsmargin i fremdriftsplanen sin. I mange tilfeller vil han ha mulighet til å jobbe på andre deler av prosjektet mens han venter på at underentreprenørens arbeid blir ferdig. Hensynet som kommer frem i forarbeidene til avhendingsloven gjør seg derfor gjeldende mellom profesjonelle parter.

³¹ Kjl. §84, hvtjl. §27, avhl. §4-16, buofl. §37

³² Ot.prp. nr 66 (1990-91) s.112

Enkelte ganger er det derimot klart at en forsinkelse fra kontraktsmedhjelperen vil medføre en tilsvarende forsinkelse i forholdet mellom byggherren og entreprenøren. Dette vil være tilfelle dersom en leverandør er forsinket med leveringen sin, og entreprenøren ikke får kommet videre på byggeprosjektet før gjenstanden blir levert. Det samme gjelder dersom en underentreprenør er forsinket, og hovedentreprenøren skal jobbe videre på underentreprenørens arbeid. En forsinkelse fra kontraktsmedhjelperen vil kunne medføre at entreprenøren kommer i forsinkelse overfor byggherren. Det kan dermed tenkes situasjoner der det vil være enkelt å konstantere at de ulike forsinkelsene har sammenheng, og hvor dette hensynet ikke har like stor vekt.

I burettslagslova § 5-14 er adgangen til å rette krav direkte mot det bakre leddet utvidet ved at alle misligholdskrav er omfattet. Forarbeidene uttaler at det kun unntaksvis vil bli aktuelt med direktekrav i forsinkelsestilfellene, men at regelen allikevel skal ha en slik utvidet rekkevidde.³³

Vibe Ulfbeck uttaler om spørsmålet at det vil være en klar forskjell med hensyn til når de ulike spørsmål om mislighold vil oppstå. I motsetning til hva som normalt gjør seg gjeldende for spørsmålet om direkte mangelskrav, vil spørsmålet om krav i anledning forsinkelse typisk oppstå mens byggingen fortsatt pågår. I en slik situasjon kan det være betenkelig å tillatte at andre enn kontraktspartene har rådighet over deres kontraktsforhold.³⁴ Dette hensynet kan være bakgrunnen for en viss tilbakeholdenhet vedrørende å tillate direktekrav ved forsinkelse på entrepriserettens område. Dersom byggherren kan gå direkte på kontraktsmedhjelperen med antisiperte mangelskrav, vil imidlertid dette hensynet ha begrenset vekt. Slike krav vil også oppstå mens byggingen fortsatt pågår.

³³ NOU 2000:17 (merknader til § 5-14)

³⁴ Ulfbeck 2000, s.329

4.3 Hva slags type krav

4.3.1 Innledning

Det neste spørsmålet er hvilke krav som kan gjøres gjeldende dersom det foreligger en mangel. Punkt 37 første ledd inneholder en generell henvisning til punkt 36. Den første problemstillingen blir dermed om alle kravstypene i punkt 36 er omfattet av direktekravsadgangen. Deretter blir spørsmålet om henvisningen til punkt 36 anses uttømmende.

4.3.2 Er alle kravstypene i punkt 36 omfattet av direktekravsadgangen?

Mangelskrav som er nevnt under punkt 36 er utbedring (punkt 36.2.), erstatning ved unnlatt utbedring (punkt 36.3), prisavslag (punkt 36.4) og erstatning ved mangel (punkt 36.5). En generell henvisning kan tyde på at alle disse mangelsanksjonene omfattes av direktekravsadgangen i punkt 37.

Det kan diskuteres om punkt 36.5 er en del av de mangelskrav som kan gjøres gjeldende direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelpere. Problemstillingen har vært reist av Forsikringsnæringens Hovedorganisasjon, og deres foreløpige konklusjon er at krav etter punkt 36.5 faller utenfor punkt 37. Bakgrunnen for et slikt synspunkt er at punkt 36.5 gjelder erstatning av skader på ting som ikke omfattes av kontakten. En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen støtter ikke en slik tolkning. Også erstatning som følge av skade på annet enn kontraktsgjenstanden, er et krav som følge av mangel – ”mangelskrav”. Behovet for å rette krav direkte mot tredjemann er like stort i disse tilfellene.

Problemstillingen har ikke vært berørt i rettspraksis. Både Kolrud og Marthinussen ser ut til å forutsette at også punkt 36.5 omfattes av direktekravsadgangen. Kolrud poengterer:

”det er bare de krav som kan utledes av punkt 36, dvs. mangel ved kontraktsarbeidet, som gir byggherren disse rettigheter.”³⁵

Marthinussen skriver:

”Det følger av formuleringen ”sine mangelskrav” at byggherren ikke bare kan fremsette krav på prisavslag eller pengekrav. Etter ordlyden kan også utbedringskrav og øvrige misligholdsbeføyelser på grunn av mangelen gjøres gjeldende. Det er henvist uttrykkelig til punkt 36, som kun omfatter utbedring, erstatning og prisavslag.”³⁶

Bestemmelsen er utformet slik at erstatning ved mangel etter punkt 36.5 omfattes av punkt 37. Byggherren kan etter dette benytte seg av alle mangelssanksjonene som er nevnt i punkt 36.

4.3.3 Er henvisningen til punkt 36 uttømmende?

Punkt 36 inneholder ikke en uttømmende oversikt over byggherrens mangelskrav. Andre mangelskrav kan være heving og erstatning som følge av heving.³⁷ Problemstillingen i det følgende blir dermed om byggherren har adgang til å benytte seg av alle sine beføyelser direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelper.

I og med at bestemmelsen inneholder en generell henvisning til punkt 36, og ikke til mangelsbeføyelser generelt, kan det tyde på at andre beføyelser, slik som heving og erstatning som følge av heving, er unntatt byggherrens direktekravsadgang. En slik tolkning er valgt av både Kolrud og Marthinussen. Kolrud mener at

³⁵ Kolrud 2004, s.468-469

³⁶ Marthinussen 2004, s.557

³⁷ NS 8405 punkt 39.1 og 39.4

”henvisningen til pkt. 36 er en henvisning til reglene om mangel ved kontraktsarbeidet, og er inntatt for å oppnå en presis angivelse av omfanget for byggherrens rett til å fremme krav mot entreprenørens kontraktsmedhjelpere.”

Han sier videre at det derfor er bare de krav som kan utledes av pkt. 36, ”dvs. mangel ved kontraktsarbeidet, som gir byggherren disse rettigheter.”³⁸ Dette blir noe upresist, da krav på grunn av mangel ved kontraktsarbeidet også finnes i andre bestemmelser. Marthinussen velger en streng fortolkning av den generelle henvisningen til punkt 36:

”Det er henvist uttrykkelig til pkt. 36, som kun omfatter utbedring, erstatning og prisavslag. Heving er regulert i pkt. 39. Dette må forstås slik at byggherren derfor ikke har hevningsrett overfor kontraktsmedhjelperen, noe som uansett vil være upraktisk.”³⁹

En naturlig språklig forståelse av ”sine mangelskrav, jf. punkt 36”, kan derimot også tale for at henvisningen ikke anses uttømmende. Heving er klart å anse som byggherrens ”mangelskrav”. Bruken av ordet ”jf.” kan tyde på at henvisningen bare er satt inn av pedagogiske grunner. Dersom man hadde til hensikt å avgrense mot andre mangelsbeføyelser, kunne man ha valgt en mer direkte henvisning, slik som ”etter”.

De hensyn som taler for at byggherren skal kunne rette mangelskrav mot tredjemann har like stor vekt i de tilfeller der byggherren vil benytte seg av mangelsbeføyelsen heving, som ved andre beføyelser som er omtalt under punkt 36. Dette er nok bakgrunnen for at lovgiver ikke sonderer mellom ulike mangelsbeføyelser. Forbrukeren kan gjøre alle mangelskrav gjeldende direkte mot tredjemann dersom vilkårene ellers er oppfylt. Reelle hensyn taler derfor for at heving også omfattes av punkt 37. Det kan imidlertid tenkes at

³⁸ Kolrud 2004, s.468

³⁹ Marthinussen 2004, s.557

kontraktpartene har ment å begrense byggherrens direktekrav på denne måten, ettersom heving er den mest inngripende mangelsbeføyelsen.

Det kan dermed ikke konstanteres sikre holdepunkter for å utelukke heving fra byggherrens direktekravsadgang etter NS 8405 punkt 37.

Videre vil jeg se på hvor langt en hevingsrett strekker seg etter punkt 37, under forutsetning av at heving omfattes av bestemmelsen. Jeg vil også komme inn på hvor praktisk en rett til å heve vil være.

Direktekravsadgangen til byggherren bygger på en regel om springende regress. Det faktum at det må foretas en mangelsvurdering både i kontraktsforholdet mellom byggherren og entreprenøren, og i kontraktsforholdet mellom entreprenøren og hans kontraktsmedhjelper, kan skape problemer med hensyn til et eventuelt hevingskrav.

Byggherren kan heve direkte overfor kontraktsmedhjelperen når det foreligger et vesentlig mislighold i begge kontraktsforhold. Dette kravet vil være oppfylt dersom det foreligger vesentlig mislighold fra hovedentreprenørens side, og dette skyldes mangler ved kontraktsmedhjelperens ytelse. Der det vesentlige misligholdet er et resultat av flere ulike mangler, vil byggherren bare ha mulighet til å gå direkte på kontraktsmedhjelperen dersom kontraktsmedhjelperen sitt mislighold alene kvalifiserer til en hevingsrett i hans kontraktsforhold med entreprenøren.

Det kan forekomme tilfeller der byggherren kun har behov for å heve for den delen som kontraktsmedhjelperen yter. Dette vil innebære en partiell heving overfor hovedentreprenøren, og heving av hele kontrakten i forholdet mellom entreprenøren og hans kontraktsmedhjelper. En slik rett er dermed avhengig av at byggherren kan kreve delvis heving overfor hovedentreprenøren.

Byggherren kan videre heve overfor entreprenøren dersom entreprenøren går konkurs eller blir beviselig insolvent, jf. punkt 39.1 første ledd. Et hevingskrav basert på konkurs vil ikke kunne gjøres gjeldende overfor kontraktsmedhjelperen. Byggherren kan kun gjøre mangelskravet gjeldende ”i samme grad som mangelen kunne vært gjort gjeldende av entreprenøren.” Entreprenøren kan ikke heve overfor sin kontraktsmedhjelper på grunnlag av at han selv er blitt klart insolvent.

Heving etter standarden skjer kun for det resterende kontraktsarbeidet, såkalt heving *ex nunc*, jf. pkt. 39.2. Dersom mangelen først oppdages etter at byggherren har overtatt bygget, vil byggherren neppe være tjent med å heve. Skal byggherren heve direkte overfor kontraktsmedhjelperen må dette skyldes at det underveis i prosjektet avdekkes betydelige svakheter og kvalitetsmangler i entreprenørens arbeidsutførelse, som viser at resultatet vil få en kvalitet som vesentlig avviker fra det kontrakten foreskriver.⁴⁰ Slik antisipert mislighold vil videre måtte skyldes vesentlig mislighold fra kontraktsmedhjelperens side.

Det blir etter dette lite praktisk for byggherren å benytte sitt hevingskrav direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelper.

Forutsettes det at byggherren kan benytte seg av sin hevingsrett direkte overfor entreprenørens kontraktsmedhjelper, vil han også kunne kreve erstatning som følge av heving etter punkt 39.4.

En siste sanksjon som byggherren har ved mislighold, er tilbakeholdsretten etter punkt 29.3. Denne sanksjonen er ikke å anse som et ”krav”, men sikring av et krav. Tilbakeholdsretten er dermed unntatt NS 8405 punkt 37. Byggherren er ikke i noe kontraktsforhold med entreprenørens kontraktsmedhjelpere, og det vil derfor ikke være aktuelt å holde tilbake noen betalingssum overfor ham. Byggherren kan derimot ha

⁴⁰ Kolrud 2004, s.491

interesse av å holde tilbake penger overfor hovedentreprenøren til sikring av krav mot kontraktsmedhjelperen. Hvorvidt han har anledning til det vil ikke bli behandlet her.

5 Begrensninger i direktekravsadgangen

5.1 Innledning

Byggherrens mulighet for å få dekket sitt tap, vil som nevnt være større dersom han kan holde seg til flere enn sin kontraktspart. Sannsynligheten for å få dekning vil naturligvis øke med antall ansvarssubjekter som man har å holde seg til. En adgang til å gå på entreprenørens kontraktsmedhjelpere, vil være særlig verdifull dersom medkontrahentens økonomi er dårlig, og særlig der medkontrahenten har gått konkurs. Dette er bakgrunnen for at NS 8405 punkt 37 inneholder en regel om at det må ”anses godtgjort at kravet ikke kan gjennomføres mot entreprenøren, eller det i høy grad er blitt vanskeliggjort på grunn av konkurs eller klar insolvens”, for at byggherren skal kunne gå direkte på entreprenørens kontraktsmedhjelpere. Bestemmelsen oppstiller to alternative vilkår.

En tilsvarende regel finner vi i den danske byggeleveranseclausulen § 2 som sier at byggherren har et direktekrav mot leverandøren dersom kravet ”ikke eller kun med stor vanskelighet kan gjennomføres mot leverandørens kjøper”. I dansk teori har den ledende rettsoppfatning vært at bestemmelsen ikke er ment å begrense byggherrens rett til å springe over entreprenøren. Hensikten er kun å sikre at byggherren i hvert fall i slike tilfeller, hvor det er et akutt behov for en direktekravsadgang, får muligheten til å springe over entreprenøren. AB 92 § 5, stk. 5 jf. § 10 stk. 4 viderefører disse bestemmelsene. Regelen begrenser dermed ikke byggherrens mulighet til å springe over entreprenøren i forhold til hva som er gjeldende rett etter alminnelig obligasjonsrett.⁴¹

⁴¹ Vagner 2001, s.201

I norsk rett har man valgt å ikke begrense forbrukerens rett til å gå på det bakre leddet. På næringsentreprisens område fikk vi imidlertid en slik regel allerede ved innføringen av NS 3430 punkt 38.

NS 8405 punkt 37 oppstiller, i motsetning til den danske bestemmelsen, dette som et vilkår for å kunne rette krav direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelper. Det følger av bestemmelsens annet punkt som sier at ”byggherren har *bare rett* til å gjøre slikt krav gjeldende *dersom...*”.

Bestemmelsen er blitt til etter en interesseavveining mellom byggherrens rett til å gå direkte på kontraktsmedhjelperen og kontraktsmedhjelperens rett til kun å forholde seg til sin egen kontraktspart. Hensynet til byggherren har mindre vekt der han er en profesjonell part. Av hensyn til tredjemann kan det derfor, i profesjonelle forhold, være hensiktsmessig å begrense byggherrens rett til de tilfeller der byggherren har størst interesse i å rette sitt krav direkte mot kontraktsmedhjelperen. Erkjenner entreprenøren fullt ut sitt ansvar overfor byggherren, samtidig som han har økonomisk kapasitet til å dekke et mangelskrav, vil det ikke være noe spesielt behov for å gå direkte på entreprenørens kontraktsmedhjelper.

Det følger av NS 8405 punkt 37 andre punkt at ett av to alternative vilkår må være oppfylt for at byggherren skal kunne gå direkte på entreprenørens kontraktsmedhjelper. Etter bestemmelsen er det et krav at det ”*anses godtgjort*” at et av disse vilkårene er oppfylt. Det er byggherren som har bevisbyrden. Hva som ligger i begrepet ”godtgjort”, er noe usikkert. Trolig er det nok med alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁴²

I det følgende skal jeg ta for meg innholdet i de to alternative vilkårene som også må være oppfylt for at byggherren skal kunne rette sitt krav direkte mot kontraktsmedhjelperen.

⁴² Marthinussen 2004, s.559

5.2 Kravet kan ikke gjennomføres mot entreprenøren

Det første vilkåret er at ”kravet ikke *kan* gjennomføres mot entreprenøren”. Hva som ligger i dette, må vurderes etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden. Bestemmelsen må forstås slik at det kreves godtgjort at det verken er praktisk eller økonomisk mulig å gjennomføre kravet mot entreprenøren, jf. ordet ”kan”.⁴³ Det er imidlertid ikke et vilkår at byggherren har forsøkt å inndrive kravet gjennom tvangsfullbyrdelse. Det må anses tilstrekkelig at byggherren kan vise at en eventuell tvangsinnndrivelse, ville vært nytteløs. Dersom det kun er mer bekvemmelig å gå direkte på entreprenørens kontraktsmedhjelper, anses det ikke godtgjort at kravet ikke kan gjennomføres mot entreprenøren.

Dersom entreprenøren har avvirket sin virksomhet på lovlig måte, må kravet anses oppfylt.⁴⁴ Det er da ikke mulig for byggherren å rette kravet sitt mot entreprenøren.

Hvis entreprenøren avviser kravet, men er solvent, kan kravet gjennomføres mot denne ved søksmål. Byggherren er dermed avskåret fra å rette sitt krav direkte mot kontraktsmedhjelperen. Det samme gjelder dersom byggherren ikke vil gå på entreprenøren fordi det er ubekvemmelig verneting, entreprenøren er byggherrens gode venn eller forretningsforbindelse, osv.

5.3 Kravet er i høy grad blitt vanskeliggjort på grunn av konkurs eller annen klar insolvens

Det alternative vilkåret er at ”kravet i høy grad er blitt vanskeliggjort på grunn av konkurs eller annen klar insolvens”.

Entreprenøren er konkurs når dette er fastslått ved kjennelse i skifteretten etter reglene i konkursloven. Insolvens foreligger når entreprenøren ikke kan betale sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, og entreprenørens gjeld overstiger verdien av hans eiendeler.⁴⁵

⁴³ Kolrud 2004, s.470

⁴⁴ Marthinussen 2004, s.559

Insolvensen er klar dersom kriteriene anses oppfylt etter en objektiv vurdering.

I tillegg til at entreprenøren må være konkurs eller klart insolvent, er det et vilkår at kravet ”i høy grad er blitt vanskeliggjort”. Dette er et noe gunstigere tema for byggherren, enn vilkåret om at ”kravet ikke *kan* gjennomføres mot entreprenøren”.

Det må dermed foretas en konkret vurdering av om insolvensen klart vanskeliggjør kravet. Dersom entreprenøren har gått konkurs eller er klart insolvent er gjennomføringen som oftest også i høy grad vanskeliggjort. På den andre siden vil kontraktsmedhjelperen kunne avverge et krav dersom det godtgjøres at kravet mot entreprenøren kan gjennomføres på tross av konkurs eller klar insolvens.⁴⁶

Etter dekningsloven § 7-3 plikter boet å ta stilling til hvorvidt boet skal tre inn i avtalen eller ikke. Dette kan være en aktuell problemstilling der byggherren har holdt tilbake deler av kontraktssummen som følge av mangler. Boet vil da kunne ha åpenbare fordeler av å tre inn i kontrakten, og foreta utbedringsarbeider. I et slikt tilfelle må byggherren forholde seg til konkursboet for mangelskravet. Dersom boet ikke trer inn i avtalen, enten fordi de velger å la være eller fordi entreprenøren ikke vil være i stand til å besørge utbedringsarbeidene utført av kontraktsmedhjelperen, kan kravet fremsettes direkte overfor kontraktsmedhjelperen.⁴⁷ Kravet er i slike tilfeller ”i høy grad vanskeliggjort”. Kravet vil også være oppfylt dersom entreprenøren ikke vil klare å betale et eventuelt krav om prisavslag eller erstatning dersom byggherren får dom for kravet.

Det kan stilles spørsmål ved om kravet ”i høy grad er blitt vanskeliggjort” dersom mangelskravet beløpsmessig er innenfor entreprenørens sikkerhetsstillelse etter NS 8405 punkt 9.2.

⁴⁵ Marthinussen 2004, s.559, kkl. §§ 61 til 63

⁴⁶ Kolrud 2004, s.470-471

⁴⁷ Marthinussen 2004, s.559

Entreprenøren må stille sikkerhet for oppfyllelse av sine kontraktsforpliktelser etter standardens punkt 9.2. Det kan stilles spørsmål ved om ”kravet i høy grad er blitt vanskeliggjort” dersom mangelskravet beløpsmessig er innefor entreprenørens sikkerhetsstillelse, eller om dette er et spørsmål som drøftes isolert. Dette er ikke avklart i norsk rett.

En entreprenørs konkursbo vil etter dette ikke kunne henvise en byggherre til å melde sitt krav som simpelt krav i entreprenørens konkursbo og selv gjøre regresskravet gjeldende mot underentreprenøren. Dersom vilkårene etter NS 8405 punkt 37 er oppfylt, anses entreprenørens krav overdratt.

6 Reklamasjon og Foreldelse

6.1 Byggherrens reklamasjonsplikt

6.1.1 Byggherrens reklamasjonsplikt overfor kontraktsmedhjelperen

Lovgiver har valgt en noe ulik ordlyd i de forskjellige reglene som omhandler reklamasjon ved direktekrav. Felles er derimot at reklamasjonen må rettes direkte mot tredjemann.⁴⁸

Standarden har tilsynelatende en noe annen løsning. NS 8405 punkt 37 fjerde ledd er ny i forhold til NS 3430, og bestemmelsen lyder:

”Vil byggherren gjøre gjeldende et krav mot entreprenørens kontraktsmedhjelpere, må han ha reklamert overfor entreprenøren i henhold til bestemmelsene om reklamasjon i 36.6, 36.7 og 36.8.”

⁴⁸ Kjl.§85(1), hvtjl.§27(3), avhl.§4-16(3), buofl.§37(3)

Etter en naturlig språklig forståelse av bestemmelsen er det kun et krav om at byggherren reklamerer overfor entreprenøren. En slik bestemmelse vil være overfladisk ettersom dette allerede følger av standardens øvrige bestemmelser. Regelen kan derfor være ment som en ren pedagogisk henvisning.

Ser man denne bestemmelsen isolert, oppstiller ikke NS 8405 noe krav om å reklamere direkte mot kontraktsmedhjelperen for å beholde sitt krav overfor ham. Spørsmålet blir dermed om man kan oppstille et annet grunnlag for en regel om direkte varsling overfor kontraktsmedhjelperen.

I det følgende skal det nevnes to forhold som taler for at byggherren må rette en reklamasjon direkte overfor entreprenørens kontraktsmedhjelper.

Byggherren kan bare rette sitt mangelskrav direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelper ”i samme grad som mangelen kunne vært gjort gjeldende av entreprenøren”, jf. første ledd. Dette innebærer at dersom det ikke er reklamert overfor kontraktsmedhjelperen innen de frister som gjelder i kontraktsforholdet mellom entreprenøren og kontraktsmedhjelperen, vil ikke byggherren ha noe rettmessig krav å tre inn i. Enten byggherren eller entreprenøren må derfor reklamere overfor kontraktsmedhjelperen dersom byggherren skal ha sitt krav i behold. Ettersom byggherren har overtatt kontraktsgjenstanden, vil han selv, og ikke entreprenøren, være den som oppdager mangelen. Det vil derfor være mest effektivt for byggherren å reklamere direkte overfor kontraktsmedhjelperen. Alternativet er å reklamere overfor entreprenøren, for deretter å stole på at han reklamerer overfor kontraktsmedhjelperen innen de frister som gjelder dem imellom. For å være sikret at reklamasjon skjer på riktig måte og i riktig tid, *bør* byggherren derfor selv reklamere direkte overfor kontraktsmedhjelperen.

Ved overdragelse trer byggherren inn i entreprenørens kontraktsforhold med kontraktsmedhjelperen. Byggherren *må* derfor selv reklamere overfor

kontraktsmedhjelperen innen de reklamasjonsfrister som gjaldt i forholdet mellom entreprenøren og kontraktsmedhjelperen.

6.1.2 Byggherrens reklamasjonsplikt overfor entreprenøren

I de lovregulerte reglene om springende regress pålegges ikke kreditor noen reklamasjon eller varslingsplikt overfor selger. Det synes underlig at byggherren etter standarden må reklamere overfor entreprenøren, i tillegg til den han skal rette sitt mangelskrav mot. Formålet med reklamasjonsreglene er å beskytte den som kravet rettes mot, i vårt tilfelle kontraktsmedhjelperen. Kolrud skriver imidlertid i sin bok:

”Bestemmelsen i pkt. 37, nest siste ledd er naturlig idet byggherren ikke bør kunne gjøre krav gjeldende mot entreprenørens kontraktsmedhjelper dersom byggherren har mistet sitt krav mot entreprenøren på grunn av manglende varsling.”⁴⁹

Ettersom overdragelsen bygger på en regel om springende regress er det naturlig at byggherren må reklamere innen de frister som gjelder i hans kontraktsforhold med hovedentreprenøren. Dette hensynet kan imidlertid ivaretas ved at byggherren må holde seg innenfor reklamasjonsfristene i begge kontraktsforhold. Det nødvendiggjør ikke at reklamasjon rettes mot hovedentreprenøren.

6.1.3 NS 8405 punkt 37 fjerde ledd sett i forhold til reklamasjonsreglene i punkt 36.6, 36.7 og 36.8

Den videre fremstilling vil omhandle bestemmelsen i punkt 37 sett i forhold til reklamasjonsreglene i punkt 36.6 til 36.8. Reglene vil ikke bli behandlet i detalj. De problemstillinger som er særlig aktuelle vil imidlertid bli behandlet i det følgende.

Det forhold at det må være reklamert overfor kontraktsmedhjelperen innen reklamasjonsfristene i hans kontraktsforhold med entreprenøren, kan skape problemer for

⁴⁹ Kolrud 2004, s.472

byggherren. Dersom entreprenøren burde oppdaget mangelen allerede før byggherren kom inn i bildet, og det ikke er reklamert i tide, vil reklamasjonsfristen være utløpt. Det vil ikke være noe rettmessig mangelskrav for byggherren å tre inn i. Det skal imidlertid meget til for å kreve at entreprenøren bør oppdage mangelen før den inkorporeres i byggherrens kontraktsgjenstand. Eksempelvis kan nevnes der det foreligger synlige defekter i materialer eller varer, som kontraktsmedhjelperen leverer til entreprenøren.

NS 8405 punkt 36.6 omhandler reklamasjon ved overtakelse. Bestemmelsen lyder:

”Byggherren taper sin rett til å gjøre mangelen gjeldende dersom han ikke senest ved overtakelsesforretningens avslutning melder fra om mangel som han har eller burde ha oppdaget ved gjennomføringen av overtakelsesforretningen, eller som han har oppdaget ved kontroll av dokumentene.”

Bestemmelsen regulerer kun reklamasjon i forhold til entreprenøren. Dersom en mangel bør være oppdaget ved overtakelsen, vil byggherren imidlertid også ha en reklamasjonsplikt overfor kontraktsmedhjelperen. Dette følger av den betraktning at byggherren må reklamere både overfor entreprenøren og kontraktsmedhjelperen, se drøftelsen ovenfor. Dersom kontraktsmedhjelperen er til stede ved overtakelsesforretningen, vil de reklamasjoner som fremsettes og som gjelder kontraktsmedhjelperens arbeider, også være å anse som fremsatt overfor ham. Dersom kontraktsmedhjelperen ikke er til sted under overtakelsesforretningen, må det være tilstrekkelig at byggherren reklamerer uten ugrunnet opphold etter overtakelsesforretningen.⁵⁰

Dersom mangelen ikke burde vært oppdaget allerede ved overtakelsen, har vi en regel om senere reklamasjon i punkt 36.7. Byggherren må reklamere ”uten ugrunnet opphold etter at han burde ha oppdaget mangelen.” Av det som er sagt tidligere, følger at en tilsvarende

⁵⁰ Marthinussen 2004, s.563

reklamasjonsfrist vil gjelde i kontraktsforholdet mellom entreprenøren og byggherren. Dette innebærer at byggherren konsekvent må reklamere både overfor entreprenøren og kontraktsmedhjelperen for å beholde sitt mangelskrav overfor begge.⁵¹

Det er vanlig at byggherren benytter seg av bygningskyndige medhjelpere ved kontroll av bygget, spesielt der byggherren ikke selv har den nødvendige kompetanse. Byggherren må i slike tilfeller identifiseres med sin sakkyndige medhjelper når det kommer til spørsmålet om det er reklamert i tide. Dette understreket førstvoterende i Veidekke-dommen.⁵²

Dersom medhjelperen har fått tilstrekkelig kunnskap på et tidligere tidspunkt enn byggherren selv, regnes fristens utgangspunkt fra det tidspunkt medhjelperen burde ha fått kunnskap om mangelen.

Byggherren benytter "sine mangelskrav" direkte mot tredjemann. Dersom mangelen har sin årsak i forsett eller grov uaktsomhet hos hovedentreprenøren vil det ikke gjelde noen reklamasjonsfrist i hans kontraktsforhold med hovedentreprenøren jf. standardens punkt 36.8.

Direktekravsadgangen forutsetter imidlertid at entreprenøren har et mangelskrav mot sin kontraktsmedhjelper for samme mangelen. Spørsmålet blir dermed om det foreligger en tilsvarende regel i kontraktsforholdet mellom entreprenøren og hans kontraktsmedhjelper. Punkt 36.8 løser ikke denne problemstillingen. Bestemmelsen er imidlertid utslag av det alminnelige prinsipp om at det ikke kan avtales begrensninger av ansvar for handlinger som anses grovt uaktsomme eller forsettlige. Kontraktsmedhjelperen har opptrådt klanderverdig, og vil ikke være i en beskyttelsesverdig situasjon. En slik regel vil derfor gjelde i begge kontraktsforhold.

⁵¹ Marthinussen 2004, s.563

⁵² Rt.1998 s.656

Dersom både hovedentreprenøren og hans kontraktsmedhjelper har handlet forsettlig eller grovt uaktsomt, vil det ikke gjelde noen reklamasjonsfrister for byggherren. Dette vil også være tilfelle dersom det kun er tredjemann som har handlet klanderverdig. Entreprenøren vil da bli identifisert med sin kontraktsmedhjelper. Er det kun entreprenøren som har handlet forsettlig eller grovt uaktsomt, vil byggherren fortsatt måtte reklamere innen fristene i kontraktsforholdet mellom entreprenøren og hans kontraktsmedhjelper dersom han vil rette krav direkte mot ham.

Som følge av denne bestemmelsen kan byggherren påberope seg krav som følge av mangelen inntil kravet er foreldet. Dette vil jeg komme nærmere inn på nedenfor.

6.2 Foreldelse

Selv om byggherren har reklamert i tide, må man være oppmerksom på at det også løper en foreldelsesfrist etter foreldelsesloven. Det løper en selvstendig foreldelsesfrist når det gjelder krav mot kontraktsmedhjelper.⁵³ Dette følger av foreldelsesloven § 1:

”Fordringer på penger eller andre ytelser foreldes etter reglene i foreldelsesloven når ikke annet er lovbestemt.”

Vi har ingen lovregulering av direktekrav i profesjonelle forhold. De vanlige foreldelsesreglene gjelder derfor ved siden av reklamasjonsreglene i NS 8405.

Den alminnelige foreldelsesfrist er 3 år, jf. foreldelsesloven § 2. Fristen regnes fra den dag da fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse. For krav som oppstår ved mislighold, regnes foreldelsesfristen ”fra den dag da misligholdet inntreffer”, jf. § 3 nr. 2. Problemstillingen blir dermed når et mislighold regnes for å ha inntrådt.

⁵³ Marthinussen 2004, s.560

Etter vanlig språkbruk vil man med den dagen misligholdet inntre, normalt sikte til den dagen det rent objektivt foreligger et avvik i forhold til den kontraktsrettslige forpliktelse.⁵⁴ En slik objektiv tolkning er også presisert i rettspraksis som gjelder erstatning som følge av mangler ved byggearbeidet.⁵⁵ Ettersom byggherren trer inn i entreprenørens krav mot kontraktsmedhjelperen vil foreldelsesfristen, som hovedregel, løpe fra levering av kontraktsmedhjelperens ytelse, eller det tidspunkt da risikoen går over fra kontraktsmedhjelperen til hovedentreprenøren. En slik tolkning støttes av avgjørelsen inntatt i RG 1996 s.687. Saken gjaldt krav om erstatning som følge av at en konsulent hadde foretatt feil ved valg av materialer. I denne forbindelse oppstod det et spørsmål om friststart etter § 3 nr.2 skulle være det tidspunkt konsulentoppdraget var fullført og tegningene var levert, eller det tidspunkt da selve utførelsen av byggearbeidet var ferdigstilt. Lagmannsretten kom til at foreldelsesfristen startet allerede ved leveringen av konsulenttjenesten.

Dersom mangelen først oppdages en tid etter levering, foreligger det en skjult mangel, og det oppstår spørsmål om foreldelsesfristen skal regnes fra det tidspunktet risikoen går over, eller først fra det tidspunkt mangelen kan konstanteres.

Rådende oppfatning i juridisk teori har lenge vært at foreldelsesfristen ved skjulte mangler skal regnes fra leveringen, selv om skaden først viser seg senere. Begrunnelsen for et slikt synspunkt er at bestemmelsen er ment å skulle forstås objektivt.⁵⁶ Denne oppfatningen har også støtte i omfattende rettspraksis.⁵⁷

To avgjørelser fra Høyesterett den senere tid, Rt.2000 s.679 (Ideal-dommen) og Rt.2002 s.286 (KPMG-dommen) har imidlertid ført til diskusjoner om hvorvidt det fremdeles er

⁵⁴ Røed 2004, s.139

⁵⁵ Se bl.a. Rt.1915 s.103, RG 1996 s.687, RG 1995 s.247

⁵⁶ Røed 2004, s.141

⁵⁷ Se bl.a. RG 1983 s.865, RG 1988 s.393, RG 1993 s.934, RG 1995 s.247, RG 1999 s.1

grunnlag for å legge til grunn at friststart etter § 3 nr.2 skal regnes fra overtakelses- eller leveringstidspunktet også ved skjulte mangler.⁵⁸

Friststart i Ideal-dommen ble ikke regnet fra det ansvarsbetingende forhold, slik det synes riktig ut fra en anvendelse av overleveringstidspunktet og dommen i Rt.1998 s.656. I stedet la retten til grunn det tidspunkt da den anbefalte investeringen hadde gitt tap. Begrunnelsen til Høyesterett var at

”§ 3 nr.2 må forstås i lys av hovedregelen i § 3 nr.1, og at misligholdet i vår sak først kan sies å være inntrådt når tap på plassering er lidt.”

I KPMG-saken, som gjaldt uaktsomhetsansvar for en revisors rådgivningsansvar, bygget Høyesterett sin begrunnelse på liknende betraktninger. Foreldelsesfristen for oppdragsgiverens erstatningskrav ble ansett å løpe fra det tidspunkt da virkningene av den feil som var begått inntrådte. Før Skattedirektoratets avgjørelse forelå var det ”en så vidt stor usikkerhet om hva som ville bli det endelige resultatet”, at Høyesterett ikke kunne se at det var oppnådd en slik avklaring at foreldelsen kunne begynne å løpe.

I Nebb-dommen inntatt i Rt.2002 s.696 har Høyesterett tatt uttrykkelig avstand fra at det skjæringspunkt som er lagt til grunn i de ovennevnte dommene, kan gis anvendelse på generelt grunnlag. I denne dommen har retten lagt til grunn at krav basert på skjulte mangler foreldes fra overlevering, selv om manglene først viser seg senere. Førstvoterende uttaler:

”vår sak atskiller seg klart fra foreldelse ved rådgivningsansvar. Det er tale om eiendommer som har en mangel ved at grunnen var så sterkt forurensset at byggearbeidene ble fordyret. Mangelen forelå ved overleveringen, og selv om kjøperne på dette tidspunkt var ukjent med den, var de rettslig sett ikke avskåret fra

⁵⁸ Røed 2004, s.142

straks å fremme sine erstatningskrav. At mangelen den første tiden var skjult, medfører ikke at foreldelsen utsettes,(...), men kan føre til at tilleggsfristen i § 10 blir aktuell.”

Konklusjonen må etter dette bli at utgangspunktet er at foreldelsesfristen ved skjulte mangler fremdeles skal regnes fra det tidspunkt hovedentreprenøren objektivt sett kunne gjort kravet gjeldende, som regel overtakelses- eller leveringstidspunktet, jf. begrunnelsen i Nebb-dommen.⁵⁹

Foreldelsesloven har en særskilt regel om fristens utgangspunkt i enkelte situasjoner. § 10 nr.1 lyder:

”Dersom fordringshaveren ikke har gjort fordringen gjeldende fordi han har manglet nødvendig kunnskap om fordringen eller skyldneren, inntreffer foreldelse tidligst 1 år etter den dag da fordringshaveren fikk eller burde skaffet seg slik kjennskap.”

En slik regel er begrunnet i hensynet til fordringshaveren, og det forhold at den alminnelige foreldelsesfrist begynner å løpe på et objektivt tidspunkt, uavhengig av om fordringshaveren har kjennskap til fordringen eller ikke.⁶⁰ Bestemmelsen er særlig praktisk i forhold til krav som følge av skjulte mangler. En rikholdig rettspraksis berører nettopp denne problemstillingen. Praksis viser at tilleggsfristen på et år i § 10 nr.1 i disse tilfeller ofte blir den reelle, om ikke den formelle hovedregel. Bestemmelsen legger opp til en subjektiv vurdering av fordringshaverens eget forhold.⁶¹

⁵⁹ Røed 2004, s.148

⁶⁰ Ot.prp. nr. 38 (1977-78) s.62

⁶¹ Røed 2004, s.293

I vårt tilfelle vil ofte verken hovedentreprenøren eller byggherren ha mulighet til å skaffe seg nødvendig kunnskap om fordringen før byggherren overtar bygget. Dersom mangelen burde vært oppdaget ved overtakelsesforretningen, vil fristens utgangspunkt løpe fra dette tidspunkt. Skjulte mangler vil det derimot være vanskelig å oppdage før byggherren tar i bruk bygget. Foreldelsesfristen regnes i slike tilfeller fra det tidspunkt der byggherren burde hatt kjennskap til mangelen.

Foreldelsesfristens utgangspunkt etter foreldelsesloven § 10 blir dermed sammenfallende med fristens utgangspunkt etter reklamasjonsreglene i standardens punkt 36.6 og 36.7.

På samme måte som ved reklamasjon vil byggherren, dersom han benytter seg av medhjelpere, bli identifisert med medhjelpers kunnskap eller mangel på sådan. Dette understreker Høyesterett i Veidekke-saken.

Foreldelsesreglene får praktisk betydning i de få tilfeller der foreldelsesfristen utløper før reklamasjonsfristen, samt der det ikke vil være en reklamasjonsfrist, eksempelvis på grunn av forsett eller grov uaktsomhet hos kontraktsmedhjelperen.

7 Motregning

7.1 Innledning

Kontraktsmedhjelperen har, etter punkt 37 andre ledd, rett til å motregne overfor byggherren i den utstrekning dette er tillatt etter gjeldende rett. En slik regel fulgte også av NS 3430 punkt 38.

Motregning fra underentreprenører og leverandører vil være praktisk i mange tilfeller. Det vil for eksempel være aktuelt å møte et mangelskrav med et krav om oppgjør for arbeid

eller leveranser fra samme kontraktsforhold, såkalte konnekse motkrav.⁶² Det kan videre gjelde krav fra andre forhold.

I praksis kan motregning kreves i to tilfeller. Det mest praktiske er at kontraktsmedhjelperen har et krav mot entreprenøren som gjøres gjeldende overfor byggherren. Dette er i realiteten en forlengelse av bestemmelsens første ledd som sier at byggherren kan rette sitt krav mot kontraktsmedhjelperen ”i samme grad som mangelen kunne vært gjort gjeldende av entreprenøren.” Det kan også tenkes at kontraktsmedhjelperen har et krav mot byggherren, enten fra samme kontrakt eller fra tidligere avtalforhold.

Kontraktsmedhjelperen kan motregne ”i den utstrekning det er tillatt etter gjeldende rett”. I det følgende skal jeg kort ta for meg vilkårene for å få kreve motregning, og hva som ligger i disse. Det er i praksis kun to av motregningsvilkårene som har betydning. Disse to vilkår, kravene til komputabilitet og gjensidighet, vil derfor bli behandlet noe mer inngående enn de to andre vilkårene.

7.2 Kravet må bestå mellom de samme parter

Gjensidighetsvilkåret innebærer at kravet må bestå mellom de samme parter. Dette kravet kan skape problemer i vårt tilfelle, ettersom det er motregning mellom kontraktsmedhjelperen og byggherren som er aktuelt etter punkt 37. De er ikke i noe kontraktsforhold med hverandre.⁶³ Som nevnt ovenfor kan motregning skje i to tilfeller. Dette blir behandlet i det følgende.

⁶² Kolrud 2004, s.471

⁶³ Marthinussen 2004, s.561

7.2.1 Hovedkrav og motkrav besto opprinnelig mellom entreprenøren og kontraktsmedhjelperen

En annen situasjon har vi dersom kravene opprinnelig bestod mellom entreprenøren og kontraktsmedhjelperen. Her var gjensidighetsvilkåret oppfylt, men ettersom kravet senere overdras til byggherren, er det ikke like klart at det fremdeles er tilfelle.

Bestemmelsen om motregning finner vi i gjeldsbrevloven § 26, som får analogisk anvendelse på enkle krav. Etter denne bestemmelsen kan krav motregnes mot byggherren dersom kontraktsmedhjelperen ble eier av motkravet før han fikk vite om eller fikk noen tanke om overdragelsen. Senere oppståtte krav mot entreprenøren kan derimot ikke benyttes til motregning.⁶⁴ I praksis vil kravet til kontraktsmedhjelperen ha oppstått i forbindelse med levering av entreprenørtjenester eller materialer. Kravet i gjeldsbrevloven § 26 vil dermed ikke hindre kontraktsmedhjelperen i å kunne motregne.

Kravene vil i dette tilfellet ofte være konnekse. Det må antas at dette er tilfellet dersom kontraktsmedhjelpers krav mot entreprenøren springer ut av den samme kontrakten som er grunnlaget for byggherrens krav.⁶⁵ Eksempelvis vil kravene være konnekse dersom byggherren fremmer krav som følge av mangel ved byggearbeidet, og kontraktsmedhjelperen fremmer krav mot entreprenøren for betaling av det samme arbeidet. Kravene vil derimot ikke anses konnekse hvis kontraktsmedhjelperens krav på entreprenøren er fra et tidligere byggeprosjekt eller av mer privat karakter.

Dersom kravene er konnekse, utvides motregningsretten. Dette innebærer at kontraktsmedhjelperen vil kunne motregne til tross for at hans krav mot entreprenøren i forbindelse med utførelsen av arbeidet har oppstått etter at han fikk kjennskap til overdragelsen. Dette følger ikke direkte av lovens ordlyd, men det har lenge vært ansett som sikker rett, og det ble lagt til grunn i Rt.1992 s.504. Høyesterett uttaler her:

⁶⁴ Torvund 1997, kapittel 37.

⁶⁵ Marthinussen 2004, s.561

”Selv om det ikke uttrykkelig fremgår direkte av gjeldsbrevloven § 26, må det ut fra en etablert rettsoppfatning legges til grunn at det gjelder særregler for motregning ved såkalte konnekse krav, jf. også gjeldsbrevlovens § 18 annet ledd”.

Byggherren får da ikke bedre rett enn det entreprenøren hadde, og kontraktsmedhjelperen har sin motregningsrett i behold uansett når overdragelsen fant sted.⁶⁶ Dette gjelder for eksempel dersom kontraktsmedhjelperen ble underrettet etter punkt 37 siste ledd allerede ved inngåelsen av kontrakten med entreprenøren. Varsling overfor kontraktsmedhjelperen om direktekravsadgangen bør dermed foretas så tidlig i kontraktsfasen som mulig, slik at flest mulig krav som oppstår på entreprenøren fra kontraktsmedhjelperen tidsmessig skjer etter varsling.⁶⁷

7.2.2 Motkravet besto opprinnelig mellom byggherren og kontraktsmedhjelperen

Vi må i det følgende skille mellom to ulike situasjoner.

Den ene er der kontraktsmedhjelperen har foretatt en levering direkte til byggherren basert på direkte bestilling, eller der kontraktsmedhjelperen er byggherrens underentreprenør. Det er her snakk om et direkte kontraktsforhold mellom byggherren og kontraktsmedhjelperen, og problemstillingen er dermed utenfor avhandlingens tema.

En annen situasjon har vi dersom kontraktsmedhjelperen opprinnelig hadde et krav mot byggherren, mens byggherren fikk overført sitt krav fra entreprenøren i kraft av NS 8405 punkt 37. Her er kravet til gjensidighet i utgangspunktet ikke oppfylt, men i og med overdragelsen er kontraktsmedhjelperen og byggherren kommet i et gjensidighetsforhold til hverandre. Byggherren og kontraktsmedhjelperen vil være parter i forhold til

⁶⁶ Torvund 1997, s.246

⁶⁷ Marthinussen 2004, s.561 flg.

motregningsspørsmålet, til tross for at de ikke er parter i kontraktsforholdet etter NS 8405 punkt 37.

I mange tilfeller vil det dreie seg om samme kontrakt, og kravet til konneksitet vil derfor være oppfylt. Dersom kravet til kontraktsmedhjelperen springer ut av et tidligere kontraktsforhold med byggherren vil ikke kravene være konnekse.

7.3 Kravet må gjelde samme type ytelse

For det annet er det et vilkår at kravene gjelder samme type ytelse. Det er dette som blir omtalt som kravet til komputabilitet. Som oftest vil hovedkravet og motkravet være et pengekrav. Så lenge kravene er i samme valuta, er kravene komputable.

Kravet til komputabilitet vil dermed ikke skape noen store problemer dersom byggherren krever prisavslag etter punkt 36.4 eller erstatning etter punkt 36.5. Dersom byggherren krever at kontraktsmedhjelperen skal utbedre mangelen etter punkt 36.2, vil derimot kravet til komputabilitet skape problemer. Et krav om utbedring kan ikke møtes med et pengekrav fra kontraktsmedhjelperen.

Dersom kontraktsmedhjelperen ikke foretar utbedring innen fristene i punkt 36.2 vil han trolig bli møtt med et krav om erstatning for utbedringskostnader etter punkt 36.3 i stedet, og han vil kunne motregne. Det er ikke klart at det vil lønne seg for kontraktsmedhjelperen å spekulere i dette. I så tilfelle må kontraktsmedhjelperen betale for at andre utbedrer mangelen, noe som kan være mer kostbart enn om han selv skulle foretatt utbedringsarbeidene. Det tar ofte lenger tid og krever mer arbeid for en annen entreprenør å sette seg inn i arbeidet til kontraktsmedhjelperen. Utbedringen blir dermed mer kostnadskrevende. Dette til tross for at utbedringen skal skje på en rimelig og forsvarlig måte. Kontraktsmedhjelperen har uansett sitt krav i behold dersom han skulle velge å utbedre mangelen.

Dersom kontraktsmedhjelperen avviser et krav om utbedring, for dermed å satse på at utbedringskravet overføres til å bli et krav om prisavslag, løper han en enda større risiko. Det vil ofte medføre en rekke ekstrakostnader for kontraktsmedhjelperen å forsettlig nekte utbedring, blant annet ved at kontraktsmedhjelperen får ansvaret for indirekte tap. Det skal påpekes at byggherren må ha fremmet krav om prisavslag i stedet for utbedringskrav før motregning kan skje.⁶⁸

7.4 Frigjøringstiden for hovedkravet må være kommet

Hovedkravet er det krav som det motregnes mot og som blir innfridd ved motregningen.⁶⁹ I vårt tilfelle vil det være byggherrens krav. At frigjøringstiden er kommet vil si at byggherren har rett til å innfri kravet. Dette tidspunkt kan i tid være før forfallstidspunktet.

7.5 Motkravet må være forfalt

Motkravet vil være det kravet som brukes til motregning og som blir inndrevet ved motregningen.⁷⁰ I vårt tilfelle vil det være kontraktsmedhjelperens krav. At kravet er forfalt innebærer at skyldneren er forpliktet til å betale gjelden sin.

8 Entreprenørens råderett over kravet

Ved at NS 8405 er gjort til en del av avtalen mellom byggherren og entreprenøren, er entreprenørens krav overført til byggherren. Problemstillingen i det følgende er i hvilken grad entreprenøren kan råde over kravet, og følgelig hvilke innsigelser entreprenørens kontraktsmedhjelper kan gjøre gjeldende overfor byggherren. Dette er egentlig et stort tema. Dersom jeg skulle gått i dybden ville jeg sprengt rammene for avhandlingen. I det følgende vil jeg derfor skissere opp hovedlinjene.

⁶⁸ Marthinussen 2004, s.561

⁶⁹ Torvund 1997, s.82

⁷⁰ Torvund 1997, s.82

Utgangspunktet er at ved overdragelse av krav, opphører kreditorbeføyelse for overdrageren samtidig som de oppstår for erververen.⁷¹ En slik tolkning følger også av pantelovens § 4-6 første ledd ved at

*”panthaveren får samme rett i forhold til skyldneren og samme rett til å disponere rettslig over pantsatt enkelt krav som pantsetteren selv **hadde**.”*

Bestemmelsene i pantelovens regler om enkle fordringer bygger på samme modell for sikkerhet for fordringer som NS 8405 punkt 37 gjør.⁷² De regler og hensyn som gjør seg gjeldende ved pantsettelse av enkle fordringer, vil dermed ha relevans også i vår problemstilling.

Hovedregelen må derfor være at dersom entreprenøren overdrar sitt krav til byggherren, mister han samtidig råderetten over kravet.

Dette er imidlertid kun et utgangspunkt. En cesjon er undergitt de alminnelige avtalerettslige og kontraktsrettslige regler. Byggherren og entreprenøren kan dermed fritt avtale andre rådighetsfordelinger, se også panteloven § 4-6 første punkt.

Etter NS 8405 punkt 37 har entreprenøren, som nevnt under punkt 2.1.1 ovenfor, overført sitt mangelskrav mot kontraktsmedhjelperen i gitte tilfeller. Byggherren kan kun benytte sitt krav direkte mot tredjemann dersom det godtgjøres at:

”kravet ikke kan gjennomføres mot entreprenøren, eller det i høy grad er blitt vanskeliggjort på grunn av konkurs eller annen klar insolvens.”

⁷¹ Hagstrøm 2003, s.863

⁷² Brækhus 2002, s.105

Ettersom bestemmelsen kun hjemler en begrenset overdragelse, vil byggherren først få rådighet over mangelskravet når vilkårene for direktekrav etter NS 8405 punkt 37 foreligger. Byggherren fratar entreprenøren råderett ved varsel til kontraktsmedhjelperen. Entreprenøren vil ikke lenger være legitimert til å råde over kravet.

En slik løsning er hensiktsmessig. Dersom entreprenørens mangelskrav og rådighet skulle anses overført umiddelbart, ville ikke entreprenøren kunne rette et regresskrav mot sin kontraktsmedhjelper i tilfeller der byggherren velger å rette kravet mot ham.

Entreprenøren har fullstendig rådighet over kravet inntil byggherren kan rette direktekrav etter NS 8405 punkt 37. Kontraktsmedhjelperen bør dermed kunne betale med frigjørende virkning overfor hovedentreprenøren inntil byggherren gjør direktekravsretten gjeldende mot ham. I mange tilfeller vil det ikke foreligge noe krav for byggherren å tre inn i. Byggherren vil da være henvist til å gå på sin egen kontraktspart. En slik løsning kan synes urimelig. Ettersom det er byggherren, og ikke entreprenøren, som ofte vil oppdage mangelen, er det imidlertid sjelden at spørsmålet vil skape problemer i praksis.

9 Sikring av kravet mot entreprenørens kreditorer

9.1 Innledning

Entreprenøren har en varslingsplikt etter punkt 37 femte ledd som lyder:

”Entreprenøren skal varsle sine kontraktsmedhjelpere om byggherrens krav etter dette punkt.”

I det følgende skal jeg ta for meg formålet med varslingsplikten. Deretter skal jeg se på bestemmelsen virkekrets og innhold, samt konsekvensene ved manglende varsling fra entreprenøren.

9.2 Formålet med varslingsplikten

Det kan være ulike hensyn som danner grunnlag for en regel der entreprenøren er forpliktet til å varsle kontraktsmedhjelperen om byggherrens generelle rettigheter etter punkt 37, se overfor.

En slik varslingsplikt kan danne grunnlag for et tredjemannsløfte fra kontraktsmedhjelperen. Under punktet om byggherrens kompetansegrunnlag kom vi imidlertid til at dette trolig ikke var bakgrunnen for bestemmelsen i 5.ledd.

Varslingsregelen kan videre ha som formål å begrense byggherrens direktekravsadgang ved at varsling overfor kontraktsmedhjelperen gjøres til et vilkår for at byggherren kan gå direkte på entreprenørens kontraktsmedhjelper. I så tilfelle vil manglende varsel fra entreprenøren føre til at byggherrens rett etter punkt 37 bortfaller. Ettersom kompetansegrunnlaget er overdragelse, er det ikke noe vilkår at tredjemann er varslet. Manglende varsel vil derfor ikke frata byggherren retten til å fremsette krav overfor kontraktsmedhjelperen.

Varsling er imidlertid avgjørende for kravets rettsvern.

Dette er trolig hensynet bak NS 8405 punkt 37 femte ledd. For at byggherren skal kunne rette sitt krav direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelper, er det et vilkår at det anses godtgjort at kravet ikke kan gjennomføres mot entreprenøren, eller det i høy grad er blitt vanskeliggjort på grunn av konkurs eller annen klar insolvens, jf. første ledd. Byggherren vil derfor ønske å sikre sitt krav overfor entreprenørens konkursbo.

Ettersom direktekravsadgangen er bygget på overdragelse vil byggherrens krav få rettsvern ved notifikasjon til kontraktsmedhjelper om overdragelsen etter NS 8405 punkt 37, jf. analogi av gbl. § 29 og pl. § 4-5. Det foreligger imidlertid kun en begrenset overdragelse av entreprenørens krav, jf. ovenfor. Panteloven § 4-9 vil derfor komme til anvendelse. Bestemmelsen sier ikke noe om notifikasjon. Regelen er trolig kun en tilleggsbestemmelse for spesialtilfeller. Notifikasjonskravet i gbl. § 29 vil dermed gjelde ved siden av.

Etter NS 8405 punkt 37 femte ledd er entreprenøren dermed kontraktsforpliktet til å skaffe byggherren rettsvern. Dette har trolig sammenheng med at entreprenøren har bedre oversikt over hvilke medhjelpere han benytter seg av til utførelse av sin kontraktsforpliktelse med byggherren.

9.3 Virkeområde

Bestemmelsen har et noe annet virkeområde enn den som tidligere gjaldt i NS 3430 punkt 38. Mens entreprenøren etter NS 3430 kun var forpliktet til å varsle sine underentreprenører, og ikke alle tidligere salgsledd, må entreprenøren varsle alle hans kontraktsmedhjelpere etter den nye bestemmelsen. Entreprenørens varslingsplikt er dermed utvidet på dette punkt. Dette kan ha sammenheng med at begrepet ”kontraktsmedhjelper” er nytt i NS 8405. Byggherrens behov for å verne sin rett vil være lik uansett hvem entreprenøren benytter til oppfyllelse av sin kontraktsforpliktelse overfor byggherren. Det er derfor naturlig at alle entreprenørens kontraktsmedhjelpere er omfattet av varslingsplikten.

9.4 Innhold

Varslingsreglene i punkt 8 er i utgangspunktet ikke bindende mellom entreprenøren og kontraktsmedhjelperen med mindre tilsvarende bestemmelser er tatt i deres avtale. Dette følger av prinsippet om at en avtale kun er bindende mellom kontraktspartene.

Varslingsplikten i NS 8405 punkt 37 har imidlertid sin forankring i hensynet til byggherren. Rimelighetsbetraktninger tilsier dermed at entreprenøren, ved å vedta NS 8405 og følgelig også punkt 8, i sin avtale med byggherren også har forpliktet seg til å gi sitt

varsel etter femte ledd i tråd med de generelle varslingsreglene. Dette vil også være i entreprenørens interesse, idet han må kunne dokumentere overfor byggherren at varselet er gitt.⁷³

9.5 Konsekvenser av manglende varsel

Konkursboet kan som hovedregel bare ta dekning i formuesgoder som tilhører hovedentreprenøren på beslagstiden, jf. dekl. §2-2. Dersom vilkårene for direktekrav etter NS 8405 punkt 37 er oppfylt, er kravet til entreprenøren overdratt byggherren, og konkursboet kan følgelig ikke rette krav mot kontraktsmedhjelperen. Dette er imidlertid kun et utgangspunkt. Ettersom faren for kreditorsvik er stor i slike tilfeller, oppstilles det et krav til rettsvern, jf. ovenfor. Manglende varsling fører til at rettsvernet tapes. Byggherren vil dermed ikke være beskyttet i forhold til entreprenørens kreditorer.

Dette vil ofte ikke by på noen problemer i praksis. Entreprenøren vil ofte ikke være klar over at det foreligger et mangelskrav overfor kontraktsmedhjelperen. Dette fordi byggherren har overtatt bygget og vil være den nærmeste til å oppdage mangelen før han eventuelt blir møtt med et krav fra byggherren. Entreprenørens konkursbo vil derfor ikke i konkurrans med byggherren gjøre gjeldende et krav mot kontraktsmedhjelperen. Problemstillingen kan imidlertid oppstå dersom byggherren forsøker å rette et krav mot entreprenørens uten hell, og deretter velger å gå direkte på kontraktsmedhjelperen. Entreprenøren har da muligheten til å videreføre kravet mot kontraktsmedhjelperen.

Dersom manglende varsling fører til tap for byggherren, må han kunne kreve erstatning fra entreprenøren etter vanlige kontraktsrettslige regler om mislighold av kontraktsforpliktelser. Dette vil i tilfelle være en mager trøst for byggherren idet det må forutsettes at byggherren allerede kan godtgjøre at kravet ikke kan gjennomføres mot entreprenøren, eller det i høy grad er blitt vanskeliggjort på grunn av konkurs eller annen

⁷³ Kolrud 2004, s.472

klar insolvens. Byggherren blir i slike tilfeller avspist med et dividendekrav mot entreprenørens konkursbo.

10 Virkninger av at det rettes direktekrav

Byggherren skal kun få dekning for sitt krav én gang. Dette er bakgrunnen for regelen i bestemmelsens tredje ledd som sier at ”byggherrens krav mot entreprenøren faller bort i den grad oppgjør fra kontraktsmedhjelperen gir dekning for kravet.”

Byggherrens krav faller bare bort ”i den grad” han får dekning av kontraktsmedhjelperen. I tilfeller der byggherren av en eller annen grunn ikke har fått full dekning for sitt krav av kontraktsmedhjelperen, kan han gå på entreprenøren for det resterende kravet. Dette kan være tilfelle dersom underentreprenør eller leverandør ikke er i stand til å dekke kravet rent økonomisk, eller dersom det foreligger ansvarsfraskrivelse eller motregningsrett i forholdet mellom entreprenør og kontraktsmedhjelper som byggherren må respektere.

Konklusjonen blir dermed at kontraktsmedhjelperen alltid må dekke rettmessige krav som følger av hans mangelfulle ytelse. Han må alltid regne med at et slikt krav kommer fra hans kontraktspart, entreprenøren. Dersom vilkårene i punkt 37 er oppfylt, må han også godta at et slikt krav fremmes av byggherren.

11 FINNES DET EN GENERELL DIREKTEKRAVSREGEL I ENTREPRISERETTEN?

11.1 Problemstillingen

I det følgende skal jeg ta for meg spørsmålet om det finnes en generell direktekravsregel i entrepriseretten, og hva som i tilfelle er innholdet av en slik regel. Problemstillingen er meget interessant for de tilfeller der byggherren og entreprenøren ikke har gjort NS 8405 til en del av sin avtale. Dersom det finnes en ulovfestet regel om direktekrav, vil byggherren uavhengig av NS 8405 punkt 37 kunne gå direkte på det bakre leddet. Spørsmålet er også interessant der partene har vedtatt standarden og dens direktekravsbestemmelse. Dersom det foreligger bakgrunnsrett på området, vil betydningen av standardens punkt 37 komme i et nytt lys, se punkt 2.1.3. En ulovfestet regel kan videre gi momenter for bedre forståelse av standardens regler, samt tjene til utfylling der standardkontrakten er uklar eller taus.

11.2 Finnes det en generell regel om direktekrav i entrepriseretten?

11.2.1 Innledning

Hvorvidt byggherren kan gå direkte på underentreprenør, eller annen medhjelper, uavhengig av entreprisekontrakten, er ikke avklart i norsk rett. Ved fastleggelsen av en entrepriserettslig bakgrunnsrett må man blant annet se hen til kontraktspraksis, tilgrensende lovgivning, forarbeider, liknende kontrakter, rettspraksis, juridisk litteratur og reelle hensyn. I det følgende skal jeg først ta for meg de ulike rettskildene som kan bidra til å belyse problemstillingen. Deretter gis det en sammenfatning.

11.2.2 Lov

Som tidligere nevnt, har lovgiver valgt ikke å lovregulere entrepriseforhold mellom profesjonelle parter. Vi har dermed ingen lovregel om direktekrav i entrepriseavtaler mellom profesjonelle som kan danne grunnlag for bakgrunnsrett på området.

På beslektede rettsområder er det imidlertid i de senere årtier gitt lovregler som ved mislighold i ulik grad gir adgang til å reise direktekrav. Kjøpsloven av 1907 fikk i 1974

tilføyd en ny § 49a, som ga en forbrukerkjøper rett til å gjøre sitt krav som følge av mangel gjeldende direkte mot ”selgerens heimelsmann i foregående omsetningsledd.” Den etterfølgende kjøpsloven av 1988 inneholder en tilsvarende bestemmelse i § 84 annet ledd. Slike og lignende bestemmelser finner vi blant annet også i avhendingsloven og håndverktjenesteloven, samt på transportrettens område. I 1997 fikk vi også en slik regel innen forbrukerentrepise. Etter bustadsoppføringslova § 37 kan byggherren gjøre krav som følge av mangel gjeldende direkte mot det tidligere salgsledd.

Til tross for manglende lovregulering på entrepriserettens område, ser vi en tendens til at lovgiver stiller seg positiv til en regel om direktekrav på ulike områder. Dette kan tyde på at det er i ferd med å etablere seg en mer generell holdning fra samfunnets side. De ulike regler er derimot svært positivrettslig utformet. Mens enkelte regler bygger på springende regress, bygger andre på subrogasjon. Videre inneholder enkelte regler begrensinger med hensyn til ansvarsfraskrivelser overfor forbruker, mens andre ikke har en tilsvarende bestemmelse. Hvor langt direktekravsadgangen med hensyn til tredjemann strekker seg er også ulikt regulert. Vi ser dermed en utstrakt bruk at direktekravsregler, men reglene er tilpasset det aktuelle rettsområdet. Det kan derfor være problematisk å foreta analogibetraktninger.

11.2.3 Rettspraksis

Det finnes få dommer som tar opp temaet hvorvidt det finnes en ulovfestet direktekravsadgang. I det følgende skal jeg ta for meg de relevante dommene som berører vår problemstilling.

Den første dommen som kan ha relevans på vårt område, er det såkalte ”Siesta-dommen”.⁷⁴ Saken gjaldt ansvar for skade ved oppdrag utført ved underoppdrag i forbindelse med flytting og sjøsetting av en båt. Det var således ikke en entrepriseavtale. Dommen har derfor mest interesse som forløper for fremveksten av direktekravsregler. Som begrunnelse

⁷⁴ Rt.1976 s.1117

for at man kunne gå direkte på tredjemann anførte Høyesterett at tredjemann ikke motsatte seg dette. Videre uttaler førstvoterende på s.1122:

”Jeg kan på den annen side ikke se hvilke beskyttelsesverdige interesser Nya Asfalt AB har i å motsette seg et slikt direkte krav. Selskapet var vel kjent med at « Siesta » ikke tilhørte Haaland, men Dyvi, og at selskapets kontrakt inngikk som en del av Haalands prestasjon overfor Dyvi. Selskapet var også klar over at en skade på båten ville ramme Dyvi. Selskapets eneste interesse var og er at det ikke skal øke dets ansvar om Dyvi trer inn i Haalands krav, men dette vilkår aksepterer Dyvi og Sigyn. Jeg lar det stå åpent i hvilken grad Dyvi kunne reise dette krav uten hensyn til Haalands holdning. Slik denne konkrete sak foreligger, finner jeg at Dyvi har adgang til å gjøre kravet gjeldende. Jeg finner støtte for dette syn i de betraktninger som ligger bak sjølovens §123 og lov om vegfraktavtaler av 20. desember 1974 nr. 68 §45 flg.”

”Davanger-dommen”⁷⁵ legger også til grunn en rekke momenter som vil kunne være relevante i vurderingen av om det finnes en generell ulovfestet regel. Saksforholdet er referert ovenfor i punkt 2.1.1. Kjøpekontrakten mellom Pedersen og Holme var en standardkontrakt som ble nyttet av Bergen Kredittbanks eiendomsavdeling. I punkt 5 heter det at

”Eiendommen skal overtas i den stand og stilling hvori den befinner seg og hvormed kjøper har gjort seg bekjent ved besiktigelser på stedet, og uten videre ansvar for selger for så vidt angår skjulte feil og mangler, så som hussopp, husbukk, råte, veggdyr o.l.”

Og i punkt 6 heter det at

⁷⁵ Rt.1981 s.445

”Eiendommen skal overtas med samme rettigheter og forpliktelser hvormed den har vært eiet av selger.”

Høyesterett tolket kontrakten mellom byggherren og entreprenøren, og fant at det forelå en overføring av kravet.

Kåre Lilleholt skriver om dommen:

”Det er forståelig at Høyesterett er varsam med å sanksjonere ei generell lære om direktekrav, men når ein så forsliten standardkontraktklausul om overdraging av alle rettar og plikter blir oppfatta som ein cesjon av krav mot seljarens heimelsmann, er ein i realiteten over i ulovfesta bakgrunnsrett, ikkje tolkning av kontrakten med utgangspunkt i partsviljen.”⁷⁶

Hagstrøm uttaler at det ikke er vanskelig å slutte seg til Lilleholts betraktninger. Ifølge ham var begrunnelsen:

”mer utslag av den skrittvisе fremgangsmåte ved domstolenes rettsskapende virksomhet, enn av det konkrete saksforhold.”⁷⁷

Høyesterett fremholder videre, i likhet med førstvoterende i ”Siesta-dommen”, at det var

”vanskelig å se hvilke beskyttelsesverdige interesser Davanger skulle ha i å motsette seg et slikt direktekrav, med den selvsagte reservasjon at kjøpers inntreden ikke kunne øke hans ansvar. Et annet resultat ville lede til en ugrunnet berikelse på kjøpers bekostning.”

⁷⁶ Lilleholt 1986, s.127

⁷⁷ Hagstrøm 2003, s.795

Ettersom førstvoterende kom til at det forelå en overføring av krav, var det unødvendig for ham å gå inn på om det ”med hjemmel i deklarasjoniske regler ville vært adgang for kjøper til en direkte misligholdssanksjon mot Davanger.” Videre uttales det:

”Men jeg finner grunn til å understreke at vilkår som i teorien har vært anført for en slik adgang, foreligger i denne sak og således støtter det resultat jeg er kommet til ad tolkningsvei.”

Det er ikke problematisk å slutte meg til betraktningene til Hagstrøm og Lilleholt. Høyesterett sine holdepunkter for at det virkelig forelå en transporterklæring i saken var veldig svake. Førstvoterende trekker inn synspunkter som har vært hevdet i teorien til fordel for en generell regel, og bruker disse til å bygge opp om hans resultat.

Utenfor de lovregulerte tilfeller, i første rekke for undertransporter, følger det av Rt.1995 s.486 som gjelder veifraktforhold, at direktekrav kan oppstilles på ulovfestet grunnlag. Saken gjaldt transport av en maskin fra Hamburg til Harstad. Maskinen ble totalskadet, og kaskoforsikreren fikk medhold i at han kunne kreve regress hos fraktfører og underfraktfører. Ettersom premissene ikke er spesifikt transportrettslige, idet et direktekrav også ble forankret i læren om tredjemannsløfter, har dommen allmenn interesse.⁷⁸

I Rt.1998 s.656 viser Høyesterett i større grad enn tidligere at man ikke er fremmed for tanken om direktekrav på ulovfestet grunnlag. Byggherren fikk medhold i sitt krav om å gå direkte på underentreprenør for krav på grunn av mangler, men med en konkret begrunnelse. Førstvoterende velger imidlertid å kommentere rettstilstanden:

”Et direkte ansvar i entrepriseforhold, f eks for underentreprenør like overfor en byggherre, må antas å ha stor praktisk betydning, f eks i tilfeller der hovedentreprenøren ikke er søkegod. I bransjen har det neppe vært noen

⁷⁸ Hagstrøm 2003, s.799

fremtredende oppfatning at det generelt skulle være adgang til å reise et slikt direktekrav.”

Det kan stilles spørsmål ved om denne uttalelsen gir uttrykk for gjeldende rett i dag, i og med at NS 8405 punkt 37 viderefører den tidligere direktekravsregelen i NS 3430, jf. punkt 13.2.3. nedenfor.

Høyesterett uttaler videre:

”For avgjørelsen i vår sak er det, slik jeg ser det, ikke nødvendig å ta standpunkt til spørsmålet om det eksisterer en mer generell adgang til å reise direktekrav i entrepriseforhold. Jeg tilføyer at det ved et eventuelt bekreftende svar på dette spørsmål vil være behov for en nærmere begrensning av det krav som i tilfelle kan gjøres gjeldende. Det bør være lettere å godta et krav som i tilfelle begrenser underentreprenørens ansvar til det ansvar som han ville ha hatt overfor sin medkontrahent, hovedentreprenøren, og som samtidig ikke går ut over det krav som byggherren kunne ha gjort gjeldende overfor hovedentreprenøren. Ut fra de konkrete forhold i saken er jeg kommet til at det må være grunnlag for et slikt direkte krav.”⁷⁹

Til tross for at det ikke tas stilling til om det finnes en slik ulovfestet regel, strekker domstolene seg langt for å godta direktekrav i konkrete tilfeller. Høyesterett synes ikke negativ til en slik regel. Tvert imot, ser man uttalelser vedrørende utformingen av en eventuell regel.

11.2.4 Standarder

Bruk av standardkontrakter innenfor bygg og anlegg har lang tradisjon i Norge. Den første standardkontrakten kom allerede på slutten av 1800-tallet. I 1969 kom NS 3401, en

⁷⁹ Rt.1998 s.656, s.661-662

standardkontrakt som fikk stor tilslutning. Selv om direktekrav ikke var regulert i denne kontrakten, ble adgangen til direktekrav akseptert av domstolene også på dette tidspunktet. Det var imidlertid ikke før i 1991, ved innføringen av NS 3430 at kontakten fikk en regel om direktekrav. Standarden ble utarbeidet samtidig med den nye kjøpsloven, og er tydelig påvirket av denne. Regelen ble til etter kompromiss, da det var tvilsomt om det fantes direktekrav i norsk rett. Dette er bakgrunnen for dens begrensede rekkevidde. Bestemmelsen ble fulgt opp av nåværende NS 8405, men med en noe annen ordlyd.

Standardkontraktens bestemmelse er språklig utformert som en lovregel, og reglene er alminnelig kjent i bransjen. Kontrakten blir til under forhandlinger med representanter for de motstående interesser, hvilket gir dokumentet et autoritativt preg. Standardvilkår som vedtas mellom partene, har på enkelte områder liknende funksjoner som deklarasjonslover. Det dreier seg i begge tilfeller om bestemmelser som man må se hen til og tolke når man ikke er kommet til enighet om noe annet i den individuelle avtalen. På mange måter har standardvilkår langt større praktisk betydning enn den deklarasjonslovgivning fordi de blir brukt i de aller fleste avtaler og dermed går foran deklarasjonslov. Det kan derimot ikke frata NS 8405 dets status som et avtaledokument. Selv om man inngår likeartede avtaler, oppstår det ikke uten videre rettsregler av den grunn.

NS 8405 viderefører direktekravsregelen fra NS 3430 punkt 38. Ettersom standardene, og direktekravsbestemmelsen, benyttes i utstrakt grad innen bransjen, vil dette kunne gi opphav til kutymmer som blir avgjørende i tilfeller hvor vilkårene ikke er avtalefestet. Dette vil igjen kunne gi opphav til bakgrunnsrett på området.

En ensartet avtalepraksis over tid vil være et moment som taler sterkt i retning av at man også har en ulovfestet regel på området. Direktekravsregelen er fulgt opp i NS 8405, men bestemmelsen gir, som vi blant annet ser under punkt 2.2 og 2.3, byggherren en snevrere adgang til å gå på tredjemann enn det som følger av tilsvarende bestemmelser vedrørende

direktekrav. Dette kan tyde på en viss skepsis fra bransjen med hensyn til en vid direktekravsregel i entrepriseavtaler mellom profesjonelle parter.

11.2.5 Andre lands praksis

I dansk rett har man i utgangspunktet stilt seg positiv overfor direktekrav innen entrepriserett. I teorien er det antatt at det eksisterer en alminnelig adgang til å rette direkte mangelskrav mot tidligere ledd, idet et slikt krav kan baseres enten på overdragelsessynspunkt, eller i tilfelle grov uaktsomhet eller forsett, rettsbruddssynspunkter.⁸⁰ Ulfbeck skriver i sin bok at dersom byggherren er avskåret fra å gå frem etter standardkontrakten, fordi kontraktsmedhjelperen ikke har godtatt direktekravsadgangen, vil byggherren kunne påberope seg de ulovfestede regler om direktekrav. En slik alminnelig adgang gjelder derimot ikke dersom kravet er begrunnet i en forsinkelse.

I Frankrike har byggherrens adgang til å gjøre gjeldende direktekrav mot materialleverandør og underentreprenør lenge vært anerkjent. Hovedspørsmålet er her om en slik rett skal baseres på delikt eller kontrakt.⁸¹ Tilsvarende gjelder etter amerikansk rett

Tysk rett gir derimot ikke byggherren en rett til å gå direkte på tredjemann, med mindre dette har grunnlag i erstatningsrett.

11.2.6 Teori

Problemstillingen er ikke løst i juridisk teori. Flere forfattere berører problemstillingen, men ingen tar stilling til om det finnes en slik generell regel om direktekrav i entrepriseforhold. Kolrud skriver i sin kommentarutgave at

⁸⁰ Ulfbeck 2000, s.339

⁸¹ Ulfbeck 2000, s.298

”en slik mulighet for å gjøre direktekrav gjeldende ikke bør utelukkes. Etter omstendighetene kan forholdene ligge slik an at byggherren kan gjøre krav gjeldende basert på erstatningsregler som gjelder utenfor kontraktsforhold. Når det gjelder skade på annet enn kontraktsarbeidet er det ikke tvilsomt at byggherren, i likhet med tredjemann, kan gå direkte på underentreprenøren.”⁸²

Marthinussen viser til problemstillingen, og skriver:

”Siden adgangen til direktekrav er så vidt akseptert i lovgivningen kan det hevdes at adgangen til direktekrav også følger av ulovfestet rett. Hvorvidt det eksisterer en slik ulovfestet regel eller ikke, er mindre interessant så lenge partene har vedtatt standarden og dens direktekravsbestemmelse.”⁸³

11.2.7 Reelle hensyn

Både lov, rettspraksis, kontraktspraksis og juridisk teori har gitt oss veiledning vedrørende om det finnes en generell regel om direktekrav i entreprisforhold. Problemstillingen er derimot ikke endelig løst i noen av de nevnte rettskildene. Reelle hensyn kan derfor være en viktig rettskilde ved løsningen av en slik problemstilling.

Under punkt 1.2 har jeg gjort rede for behovet for regler om direktekrav. I det følgende vil jeg se på misligholdsvirkningenes hovedformål. Disse hensyn er også sentrale ved løsningen av om det finnes en ulovfestet direktekravsregel.

Det første hovedformålet er å gi debitor en sterk oppfordring til ikke å misligholde sine kontraktsforpliktelser. Totalt sett vil prevensjon neppe øke særlig ved en generell regel om direktekrav, men prevensjonsvirkningene vil bli kanalisert til bestemte omsetningsledd.

⁸² Kolrud 2004, s.155

⁸³ Marthinussen 2004, s.555

Misligholdssanksjonenes andre hovedformål er å gi reparasjon til dem som blir utsatt for mislighold. Misligholdsreglene er utformet slik at kreditor ikke skal lide tap på grunn av at debitor ikke oppfyller sin forpliktelse riktig. Byggherrens sjanse for å få dekket sitt tap vil bli større hvis han ikke bare kan holde seg til entreprenøren, men også til dennes hjemmelsmenn. Sjansene for vellykket misligholdsaksjon vil øke med antallet ansvarssubjekter som man har å holde seg til.⁸⁴ Spørsmålet er om byggherren sine interesser er av en slik art og styrke at det er grunn til å la ham gjøre misligholdsvirkninger gjeldende overfor medkontrahentens hjemmelsmann på generelt grunnlag.

Entreprenøren vil ofte ikke ha noen interesse i å nekte byggherren å gå direkte på hans kontraktsmedhjelper med et misligholdskrav. Dersom han imidlertid motsetter seg dette, eksempelvis for å beholde et godt forhold til sin medkontrahent, vil slike momenter ha liten vekt i forhold til hensynet til byggherren og kontraktsmedhjelperen, jf. ovenfor.

Hvorvidt hjemmelsmannens, i vårt tilfelle kontraktsmedhjelperens, negative holdning til direktekrav er beskyttelsesverdig, vil avhenge av hvordan reglene om direktekrav utformes. Dersom hjemmelsmannen gis adgang til å gjøre alle sine egne og dessuten medkontrahentens innsigelser gjeldende overfor kreditor, vil hans rettsstilling bli sterkere enn om misligholdsvirkningene hadde blitt gjort gjeldende ledd for ledd. Kontraktsmedhjelperen har da ingen berettiget interesse av å motsette seg direkte misligholdsaksjon.⁸⁵

11.2.8 Sammenfatning

Behandlingen ovenfor viser at det ikke er helt klart hvorvidt det foreligger en ulovfestet regel om direktekrav i entrepriseretten. Enkelte momenter taler imot en slik regel. Jeg sikter da særlig til det forhold at vi befinner oss på et utpreget positivrettslig område, samt at kontraktspraksis over tid begrenser byggherrens direktekravsadgang. Disse momenter til

⁸⁴ Kjønstad, JV1978 s.185-186

⁸⁵ Kjønstad, JV1978 s.185-186

tross, har jeg kommet til at det trolig finnes en ulovfestet regel om direktekrav på entrepriserettens område. Vi ser en økt anerkjennelse av direktekrav både innenfor norsk og utenlandsk rett. Mange av de begrunnelser som ligger bak Høyesteretts vurdering vil ha relevans i alle tilfeller der det kan bli spørsmål om å rette krav direkte mot tredjemann. Til tross for reglenes noe ulike utforming, er grunntanken den samme: Kreditor bør kunne benytte mangelskrav direkte mot tredjemann i samme grad som mangelen kunne vært gjort gjeldende av hans kontraktspart. Som fremholdt i både rettspraksis og forarbeider vil tredjemanns interesse i å motsette seg direktekrav være liten dersom hans rettsstilling opprettholdes.

11.3 Hva er i så tilfelle innholdet av en slik regel?

11.3.1 Innledning

Jeg forutsetter i det følgende at det foreligger en ulovfestet regel om direktekrav i entrepriseretten. Spørsmålet blir videre hva innholdet av en slik regel er. For å finne ut hvor langt den ulovfestede regelen strekker seg, må det sondres mellom ulike problemstillinger. Disse vil bli behandlet i det følgende. Av hensyn til oppgavens karakter vil jeg kun ta for meg enkelte betraktninger omkring emnet.

11.3.2 Hva slags mislighold

Spørsmålet er om alle typer mislighold skal omfattes av direktekravsregelen. Både lovgiver og representanter for de ulike parter i en entrepriseavtale har valgt å begrense direktekravsretten til å gjelde mangelskrav. Verken i standardkontraktene eller på beslektede områder hjemles det direktekrav basert på forsinkelseskrav. Dette taler sterkt for at kun krav som følge av mangel omfattes av den generelle direktekravsregelen. I burettslagslova har man imidlertid valgt en annen løsning. Etter denne bestemmelsen kan alle krav som følge av mislighold rettes direkte mot det bakre ledd. I forarbeidene uttales det:

”Føresegna er formulert etter mønster av bustadoppføringslova §37. Regelen er likevel gjort noko vidare ved at alle mishaldskrav er omfatta; etter dei andre lovene

er direktekrav avgrensa til krav som følgje av mangel. Utvalet reknar med at det berre unntaksvis blir aktuelt med direktekrav i forseinkingstilfelle, men meiner at regelen kan ha den vidare rekkjevidda.”

Lovgiver har i dette tilfellet utvidet kreditors direktekravsadgang, noe som kan tyde på en økt anerkjennelse av slike regler. Et enkelttilfelle i lovgivningen kan derimot ikke være nok til å konstantere en generell adgang til å rette forsinkelseskrav mot tredjemann. Den generelle direktekravsregelen begrenser seg derfor til å gjelde mangelskrav.

11.3.3 Hva slags misligholdsbeføyelser

Både etter lovgivningen og etter NS 3430 kan kreditor benytte alle sine misligholdsbeføyelser direkte mot det bakre leddet. Dette kan tyde på at regelen også er slik etter ulovfestet rett.

Etter den nye bestemmelsen i NS 8405 punkt 37 er det imidlertid ikke like klart at byggherren kan benytte alle sine misligholdsbeføyelser direkte mot kontraktsmedhjelperen, se punkt 4.3 ovenfor. På den ene siden kan dette tale for at den generelle regelen på entrepriserettens område er snevrere enn etter alminnelig obligasjonsrett. På den annen side kan det tale for at standarden har en snevrere adgang til å rette krav mot bakre ledd enn det som gjelder etter ulovfestet rett. En enkeltstående og tvetydig regel kan ikke være nok til å statuere en annen ulovfestet regel enn det som gjelder på tilsvarende områder. NS 8405 punkt 37 er dermed snevrere enn den ulovfestede regelen på dette punkt.

11.3.4 Hvilke hjemmelsmenn

Hvilke hjemmelsmenn kreditor kan rette direktekravet mot etter ulovfestet rett, er uklart. Det er valgt ulike løsninger på de forskjellige områdene som har en slik regel. Som nevnt er bestemmelsen i NS 8405 punkt 37 endret i forhold til det som gjaldt etter den tidligere standarden. Uten en inngående analyse, er det derfor problematisk å ta stilling til dette spørsmålet.

11.3.5 Subrogasjon eller springende regress

En regel om subrogasjon vil være retts teknisk enklere enn en regel om springende regress, se punkt 2.2.1 ovenfor. En slik løsning er valgt i NS 3430, samt kjøpsloven og avhendingslova. Det er imidlertid klart at en regel om subrogasjon neppe er en universalformel for direktekrav i alle kontraktstyper. Både i bustadoppføringslova og NS 8405, har man valgt å basere adgangen på en regel om springende regress. I Rt.1998 s.656 uttalte Høyesterett at

”det bør være lettere å godta et krav som i tilfelle begrenser underentreprenørens ansvar til det ansvar som ville ha hatt overfor sin medkontrahent, hovedentreprenøren, og som samtidig ikke går ut over det krav som byggherren kunne ha gjort gjeldende overfor hovedentreprenøren.”

Som fremholdt i både juridisk teori og rettspraksis, vil en regel om subrogasjon innebære en uforholdsmessig fordel for byggherren. Det er ikke noe grunn til at en profesjonell byggherre skal få en slik fordel, på bekostning av tredjemann.

En ulovfestet regel om direktekrav vil trolig baseres på konstruksjonen springende regress.

11.3.6 Reklamasjonsregler

Regelen om reklamasjon i NS 8405 punkt 37 er problematisk utformet, og innholdet av regelen er derfor vanskelig å få tak i. Felles for de lovregulerte direktekravstilfellene er at reklamasjon må rettes direkte mot tredjemann. En slik regel synes fornuftig, jf. betraktninger gjort under punkt 6.1. Hvorvidt dette er regelen etter ulovfestet entrepriserett er imidlertid uklart.

11.3.7 Andre vilkår for å kunne rette direktekrav?

Spørsmålet om det skal være adgang til å rette krav direkte mot tredjemann er særlig aktuelt når medkontrahenten har gått konkurs. I motsetning til i lovgivningen, har både NS

8405 og NS 3430 oppstilt dette som et vilkår for direktekrav. Problemstillingen blir dermed om et slikt vilkår skal oppstilles etter den ulovfestede regelen.

Det kan ikke oppstilles et slikt vilkår i den generelle kontraktsretten.⁸⁶ For de tilfeller der alle parter i entreprisen er profesjonelle parter kan det imidlertid tenkes at man har en noe strengere regel, også på ulovfestet grunnlag. Kontraktspartene har bevisst valgt å beholde begrensningen fra den tidligere standarden. Partene, særlig entreprenør -siden, har vist skepsis med hensyn til å trekke inn en tredjepart i kontraktsforholdet.

⁸⁶ Marthinussen 2004, s.555

LITTERATUR OG KILDEHENVISNINGER

Kontrakter

AB 92

NS 3430

NS 8402

NS 8405

Lover

Avhendingslova - Lov om avhending av fast eiendom av 3.juli 1992 nr.93 (avhl.)

Burettslagslova - Lov om burettslag av 6.juni 2003 nr.39

Bustadoppføringslova - Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m av
13. juni 1997 nr. 43 (buofl.)

Dekningsloven - Lov om fordringshavernes dekningsrett av 8.juni 1984 nr.59 (deknl.)

Forbrukerkjøpsloven - Lov om forbrukerkjøp av 13.mai 1988 nr.27 (fkjl.)

Foreldelsesloven - Lov om foreldelse av fordringer av 18.mai 1979 nr.18 (fl.)

Gjeldsbrevloven - Lov om gjeldsbrev av 17.februar 1939 nr.1 (gbl.)

Håndverktjenesteloven - Lov om håndverktjenester av 16.juni 1989 nr.63 (hvtjl.)

Kjøpsloven - Lov om kjøp av 13.mai 1988 nr.27 (kjl.)

Konkursloven - Lov om gjeldsforhandlinger og konkurs av 8.juni 1984 nr.58 (kkl.)

Panteloven - Lov om pant av 8.februar 1980 nr.2 (pl.)

Produktansvarsloven - Lov om produktansvar av 23.desember 1988 nr.104

Sjøloven - Lov om sjøfart av 24.juni 1994 nr.39 (sjøl.)

Vegfraktavtaleloven - lov om vegfraktavtaler av 20. desember 1974 nr.68 (vegfl.)

Forarbeider

NORGES OFFENTLIGE UTREDNINGER (NOU)

NOU 1992: 9 Forbrukerentrepriselov

NOU 2000:17 Burettsløvene

NOU 2004:4 Lovregulering av strømvavtaler sluttet med forbrukere

ODELSTINGSPROPOSISJONER (Ot prp)

Ot prp nr 80 (1986-87) Kjøpsloven

Ot prp nr 66 (1990-91) Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova)

Ot prp nr 21 (1996-97) Om lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m
(bustadoppføringslova)

Rettspraksis

NORSK RETSTIDENDE (Rt.)

Rt.1915 s.103

Rt.1981 s.445 (Davanger-dommen)

Rt.1992 s.504

Rt.1995 s.486

Rt.1998 s.656 (Ullerudåsen Borettslag/ Veidekke -dommen)

Rt.2000 s.679 (Ideal-dommen)

Rt.2002 s.286 (KPMG-dommen)

Rt.2002 s.696 (Nebb-dommen)

RETTENS GANG (RG)

RG 1981 s.1017

RG 1983 s.865

RG 1988 s.393

RG 1993 s.934

RG 1995 s.247

RG 1996 s.687

RG 1999 s.1

Litteratur

Brækhus, Sjur. *Omsetning og kreditt 2 – pant og annen realsikkerhet*. 2. utgave. Oslo, 2002

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave. Oslo, 2001

- Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. I samarbeid med Magnus Aarbakke. Oslo, 2003
- Kolrud, Helge Jakob. mfl. *Kommentar til NS 3430*. Oslo, 1992
- Kolrud, Helge Jakob. mfl. *NS 8405 kommentarutgave*. Oslo, 2004
- Krüger, Kai. *Norsk Kjøpsrett*. 4. reviderte utgave. Bergen, 1999
- Lilleholt, Kåre. *Personskifte i husleieforhold*. Oslo, 1986
- Lilleholt, Kåre. *Avtale om ny bustad*. 1. opplag. Oslo, 2001
- Marthinussen, Karl. *NS 8405 med kommentarer*. Heikki Geverholt, Hans-Jørgen Arvesen
mfl. 1. utgave, 1. opplag. Oslo, 2004
- Røed, Anne Cathrine. *Foreldelse av fordringer*. 2. utgave. Oslo, 2004
- Torvund, Olav. *Pengekravsrett*. Oslo, 1997
- Ulfbeck, Vibe. *Kontrakters relativitet, - Det direkte ansvar i formueretten*. København,
2000
- Vagner, Hans Henrik. *Entrepriseret*. 3. utgave, 1. opplag. København, 2001

Artikler

- Hagstrøm, Viggo. *Direktekrav i formueretten*. Tidsskrift for rettsvitenskap, 2001
- Kjønstad, Asbjørn. *I hvilken utstrekning kan misligholdsbeføyelser gjøres gjeldende mot medkontrahentens hjemmelsmenn?* Jussens Venner, 1978

